

# VU Research Portal

## Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel

van Ommeren, F.J.; Huisman, P.J.

### ***published in***

Het besluit voorbij  
2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

van Ommeren, F. J., & Huisman, P. J. (2013). Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel. In F. J. van Ommeren, P. J. Huisman, G. van der Veen, & K. J. de Graaf (Eds.), *Het besluit voorbij* (pp. 7-102). (VAR-reeks; No. 150). Boom Juridische uitgevers.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

Het besluit voorbij



# Het besluit voorbij

Preadviezen uitgebracht door

Prof. mr. F.J. van Ommeren & mr. P.J. Huisman  
Mr. G.A. van der Veen  
Mr. K.J. de Graaf

Voor de algemene vergadering  
van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht  
op 24 mei 2013

Boom Juridische uitgevers  
Den Haag  
2013

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft  
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2013 VAR Vereniging voor Bestuursrecht | Boom Juridische uitgevers

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.stichting-pro.nl](http://www.stichting-pro.nl)).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-774-7  
NUR 823

[www.bju.nl](http://www.bju.nl)

# Inhoud

<b>Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel</b>	<b>7</b>
Prof. mr. F.J. van Ommeren & mr. P.J. Huisman	
<b>Bestuursrechtelijke rechtsbescherming voorbij het besluit</b>	<b>103</b>
Mr. G.A. van der Veen	
<b>Verzoek naast beroep? Een rechtsvergelijkend perspectief</b>	<b>217</b>
Mr. K.J. de Graaf	
<b>Tot besluit</b>	<b>309</b>
K.J. de Graaf, P.J. Huisman, F.J. van Ommeren, G.A. van der Veen	
<b>Bestuur en ereleden</b>	<b>313</b>
<b>Overzicht van de preadviezen, uitgebracht door de VAR</b>	<b>315</b>



# Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel

Prof. mr. F.J. van Ommeren & mr. P.J. Huisman\*

<b>I.</b>	<b>Inleiding</b>	<b>II</b>
I.1	Een toekomstvisie	II
I.2	De kern en het omringende bestuursrecht	12
I.3	De opbouw van dit preadvies	15
<b>2.</b>	<b>Het besluitbegrip</b>	<b>16</b>
2.1	Een doctrinaire start: Van der Pot	16
2.2	Transitie van doctrine naar recht	18
2.3	Dogmatiek versus rechtsbescherming	19
2.3.1	Element 'bestuursorgaan'	20
2.3.2	Element 'publiekrechtelijk'	21
2.3.3	Element 'rechtshandeling'	24
2.3.4	Verborgene element 'eenzijdig'	28
2.4	Slot	29
<b>3.</b>	<b>Het besluitbegrip nader beschouwd: grenzen en problemen</b>	<b>30</b>
3.1	De verovering van het omringende bestuursrecht	30
3.2	Besluitmodel biedt te weinig bestuursrechtelijke rechtsbescherming	31
3.2.1	Inleiding	31
3.2.2	Eenzijdig bestuurshandelen	32
3.2.3	Publiekrechtelijke overeenkomsten	34
3.3	Besluitmodel dwingt tot het opknippen van de rechtsbetrekking in te veel besluiten	36
3.3.1	Ketenbesluitvorming	36
3.3.2	Subsidies	37
3.3.3	Bestuursrechtelijke geldschulden	38
3.3.4	De handhavingsketen	40
3.3.5	Schaarse publieke rechten	41
3.4	Slot	42

---

\* Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren en mr. P.J. (Pim) Huisman zijn respectievelijk als hoogleraar Staats- en bestuursrecht en universitair docent verbonden aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit. Zij bedanken Bart Jan van Ettekoven, Gerdy Jurgens, Femke de Lange, Ben Schueler, Sjoerd Zijlstra en de mede-preadviseurs voor hun waardevolle commentaar.



<b>4.</b>	<b>De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking</b>	<b>43</b>
4.1	Vegting	43
4.2	De Grondwet	44
4.3	Het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking	47
4.3.1	De binnengrenzen	47
4.3.2	Wat betekent deze uitbreiding praktisch?	50
4.3.3	De buitengrenzen	51
4.4	Intermezzo: de bestuursrechtelijke verbintenis	53
4.5	Ook bepaald zelfstandig feitelijk handelen?	54
4.6	De bestuurlijke rechtsbetrekking	55
4.7	Slot	57
<b>5.</b>	<b>Een vordering van het bestuur bij de bestuursrechter?</b>	<b>58</b>
5.1	De andere zijde van de rechtsbetrekking	58
5.2	Publiekrechtelijke overeenkomsten	59
5.2.1	Bevoegdhedenovereenkomsten	59
5.2.2	Uitvoeringsovereenkomsten	60
5.3	Handhaving	60
5.4	Slot	62
<b>6.</b>	<b>Bestuursrechtelijke normering</b>	<b>63</b>
6.1	Een bestuursrechtelijk rechtskarakter?	63
6.2	De gemene rechtsleer	64
6.3	De gemengde rechtsleer	65
6.4	De gemeenschappelijke rechtsleer en de eigen aard van de rechtsgebieden	67
6.5	Een multifunctioneel en contextgevoelig onderscheid	69
6.6	Een stap verder: de bestuurlijke rechtsbetrekking en de invallende rechtsleer	71
6.7	Enige materiële wetgeving voor de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking?	73
6.8	Slot	77
<b>7.</b>	<b>Bestuursrechtelijke rechtsbescherming</b>	<b>78</b>
7.1	Waarom bestuursrechtspraak?	78
7.2	Het 'traditionele' vernietigingsberoep blijft de kern	80
7.3	Een bestuursrechtelijke procedure als aanvulling op de kern van het vernietigingsberoep	81
7.4	Verhouding tussen beroepschriftprocedure en verzoekschriftprocedure	84
7.5	Verhouding tussen de bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure en de procedure bij de burgerlijke rechter	85
7.6	Formele rechtskracht	86
7.6.1	Beroepstermijn en verzoekstermijn	86
7.6.2	Samenhang tussen de procedures	88

7.7	Verbeteringen ten opzichte van de huidige situatie geïllustreerd aan de hand van twee casus	89
7.8	Slot	92
<b>8.</b>	<b>Slotbeschouwing</b>	<b>93</b>
8.1	Groeimodel	93
8.2	Besluit en rechtsbetrekking: de blijvende betekenis van de dogmatiek	95
8.3	Verschuiving van de grens tussen de kern en het omringende bestuursrecht	95
8.4	Wederkerigheid	96
8.4.1	Het rechtskarakter van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking	96
8.4.2	Gehele rechtsbetrekking: machtsverhouding en communicatie	97
8.5	Toekomstscenario's en de wetgever	99
	<b>Stellingen</b>	<b>102</b>



# I. Inleiding

## I.1 Een toekomstvisie

De titel van dit preadvies zou eigenlijk moeten luiden ‘Van besluit naar besluit *mét* rechtsbetrekking’. Dat dekt iets beter de lading van dit betoog, maar het bekt niet lekker. De titel brengt nu wel goed tot uitdrukking dat het hier om een toekomstvisie gaat. Een toekomstvisie, waarin primair wordt ingegaan op de eerste te zetten stappen, maar die uitdrukkelijk ruimte wil laten voor latere vervolgentwikkelingen. Vandaar de ondertitel: een groeimodel.

Het schrijven over de toekomst heeft iets gewaagds en iets spannends: het is nu eenmaal volstrekt onmogelijk om met zekerheid te voorspellen hoe de toekomst eruit zal zien. Voor het schrijven van een toekomstvisie – over hoe de toekomst eruit zou moeten zien – geldt dit nauwelijks minder. Toch is het zinvol en tot op zekere hoogte zelfs belangrijk om bij tijd en wijle een blik op de toekomst te werpen. Een goede toekomstvisie biedt houvast voor het zetten van vervolgstappen, zij geeft richting, maar veel meer dan dat doet zij niet, omdat uiteraard altijd weer in meer of mindere mate ervan afgeweken kan worden. Om enig houvast te bieden voor een omvangrijk vraagstuk als dat van de onderhavige preadviezen – is het besluitbegrip nog een adequaat vehikel om de toegang tot de bestuursrechter af te bakenen? – heeft zij al vlug een meer fundamenteel karakter. Het heeft ook niet zoveel zin om in een toekomstvisie in allerlei technische details te treden, daarvoor is de toekomst te ongewis en is de kans te groot dat het toch weer een andere kant op zou moeten gaan. Een goede toekomstvisie leidt echter wel tot bezinning: zij biedt ruimte voor discussie over de vraag of we wel op de goede weg zijn.

Het is tegen deze achtergrond dat wij, met enige schroom, zijn ingegaan op het verzoek van het VAR-bestuur ‘een meer algemeen, visionair preadvies waarin de grote lijn wordt beschreven’ te schrijven. Het stuk beoogt dan ook een agenderend karakter te hebben.

Of het stuk echt visionair is, zal later moeten blijken. Het gaat ons te ver dit preadvies origineel te noemen. Veel van wat wordt beweerd, is ook al door anderen betoogd.

Het is niet voor het eerst dat de VAR aandacht besteedt aan de vraag of we niet tegen de grenzen van het besluitbegrip aanlopen. Te noemen vallen met name de preadviezen over de *Verschuiving van de magische lijn* (1999),<sup>1</sup> met nog geen jaar later het rapport van

---

1 Op deze jaarvergadering werd gestemd over de stelling van Verheij dat de bestuursrechter op lange termijn bij uitsluiting bevoegd dient te zijn, casu quo te worden, in alle geschillen uit

de gelijknamige VAR-werkgroep *De Vierde tranche Awb* (2000),<sup>2</sup> en het rapport van de VAR-Commissie Rechtsbescherming *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid* (2004).<sup>3</sup>

Wel wordt op een aantal punten verdergegaan en geprobeerd iets concreter te worden, zodat de kans dat de toekomst zich inderdaad langs deze weg zal ontwikkelen wat groter wordt. Dat geldt in het bijzonder voor de afbakening van het cruciale begrippenpaar ‘bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ en ook voor de wijze waarop aan het besluit gerelateerd feitelijk handelen en de figuur van de overeenkomst daarin kunnen worden geïncorporeerd. Ook wordt ernaar gestreefd enige nodeloze verwarringzaaiende en vermeende belemmeringen terzijde te schuiven.

Er laten zich verschillende manieren denken om tot een toekomstvisie te komen. Een voor de hand liggende manier is naar het verleden te kijken, proberen te achterhalen wat de oorspronkelijke redenen voor destijds gemaakte keuzes waren en vervolgens te bezien in hoeverre die keuzes vandaag de dag nog zinvol zijn en in dat licht de huidige situatie te beoordelen. Aldus kunnen de op grond van de bestudering van het verleden ontdekte lijnen verder worden doorgetrokken naar de toekomst, zonder in een klakkeloze extrapolatie te vervallen. Die gecreëerde afwegingsruimte is ook essentieel bij het hanteren van een groeimodel. Het is deze aanpak die wij hier zullen beproeven.

## 1.2 De kern en het omringende bestuursrecht

Het is niet geheel ongebruikelijk het terrein dat het algemene bestuursrecht bestrijkt, voor te stellen als een harde, min of meer duidelijke kern die omringd wordt door een ietwat diffuser perifeer gebied.<sup>4</sup> De kern van het bestuursrecht bestaat uit beslissingen waarbij een bestuursorgaan de rechtspositie van de burger eenzijdig vaststelt. Het neemt die beslissingen in het algemeen belang. Het bestuursorgaan is daartoe in beginsel uitsluitend bevoegd voor zover er een specifieke wettelijke grondslag is die deze bevoegdheid aan het bestuursorgaan toekent. Deze beslissingen hebben het karakter van publiekrechtelijke rechtshandelingen, met andere woorden: het zijn besluiten in de zin van artikel 1:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb). Daarbij zijn ‘algemeen belang’ en ‘burger’ zeer veelomvattende begrippen. Hét algemeen belang bestaat niet; het is steeds de resultante van een afweging

---

publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen ontstaan. De meerderheid van de vergadering bleek het met deze stelling eens te zijn, onder aantekening dat nogal wat aanwezigen zich van stemming hadden onthouden, zie: *Verslag van de algemene vergadering gehouden op 23 april 1999 ter behandeling van de preadviezen van mr. A.J.C. de Moor-van Vugt, mr. J.L. de Wijkerslooth en mr. N. Verheij* (VAR-reeks 123), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 94.

2 VAR-werkgroep Vierde Tranche Awb, *De Vierde tranche Awb. Commentaar en vraagpunten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

3 VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

4 Het onderscheid tussen de kern en het omringende bestuursrecht is in het bijzonder ook gemaakt door de VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 23 e.v., p. 169. Opdat men weet uit welke hoek de wind waait: de eerste auteur van dit preadvies was lid van deze commissie.

van uiteenlopende deelbelangen, die met elkaar op gespannen voet kunnen staan. Ook dé burger bestaat niet. Kenmerkend voor het bestuursrecht is nu juist de grote massaliteit: er zijn heel veel burgers die in verschillende rechtsposities verkeren en die allen willen weten waar ze aan toe zijn en in beginsel recht hebben op een gelijke behandeling. Daarom spelen het rechtszekerheids- en rechtsgelijkheidsbeginsel (al dan niet op de achtergrond) als basiswaarden steeds een grote rol. Zij dwingen de overheid haar beleid steeds op consistente althans stelselmatige wijze uit te voeren.

Wat gerekend moet worden tot het omringende bestuursrecht is iets minder duidelijk. Het omringende deel houdt veelal verband met die harde kern. Tot het omringende bestuursrecht behoren in elk geval de bestuurshandelingen die aan een besluit *gerelateerd* zijn, zoals de voorbereidingshandelingen en de uitvoeringshandelingen. Deze voorbereidings- en uitvoeringshandelingen hebben dikwijls niet het karakter van een Awb-besluit. Het gaat vaak om feitelijke bestuurshandelingen. Ook kunnen deze handelingen een vermogensrechtelijk karakter hebben. Voorts is het niet gezegd dat de aan het besluit gerelateerde handelingen steeds eenzijdig van aard zijn: ter voorbereiding en ter uitvoering van een besluit worden ook overeenkomsten gesloten. Hét voorbeeld van een overeenkomst die op een besluit vooruitloopt is de bevoegdhedenovereenkomst; voorbeeld van een overeenkomst die een besluit uitvoert zijn de uitvoeringsovereenkomsten, zoals de subsidie-uitvoeringsovereenkomst. Van het omringende bestuursrecht kunnen ook bestuurshandelingen deel uitmaken die in het geheel niet zijn *gerelateerd* aan een besluit, in het bijzonder: zelfstandig feitelijk handelen.<sup>5</sup>

Wie het terrein van het algemene bestuursrecht een beetje kent, ziet onmiddellijk in dat het zogeheten omringende bestuursrecht lang niet aan alle eigenschappen van de kern van het bestuursrecht voldoet.<sup>6</sup> Niet alleen dragen veel van de bestuurshandelingen niet het karakter van een Awb-besluit, maar ook de andere genoemde eigenschappen hebben zij niet steeds. Zo is het niet gezegd dat de bevoegdheid van het bestuursorgaan op een specifieke wettelijke grondslag berust. Evenmin kan gezegd worden dat steeds de rechtspositie van de burger eenzijdig wordt vastgesteld.

Hoewel het niet noodzakelijk is dat in het omringende bestuursrecht de bestuurshandelingen een besluitkarakter hebben, komt dit zeker wel voor. Dat komt doordat de wetgever en de rechter allerlei bestuurshandelingen uit het omringende bestuursrecht als Awb-besluit aanmerken, niet alleen omdat het besluitbegrip het meest passend is, maar ook omdat er geen goed alternatief voorhanden lijkt te zijn.<sup>7</sup>

De these die wij in dit preadvies willen beproeven is dat terwijl de kern van het bestuursrecht bestaat uit Awb-besluiten, dit voor het omringende bestuursrecht niet steeds het geval is, maar dat daar de figuur van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking veel betere diensten kan bewijzen. De rechtsbetrekking is echter een vaag en in het bestuursrecht nog tamelijk onbepaald begrip. We zullen er dus dieper op moeten ingaan: wat moet daaronder eigenlijk worden ontstaan?

---

5 Wij komen op deze en andere bestuurshandelingen nog uitvoerig terug.

6 Evenzo: VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 23.

7 De verzoekschriftprocedure van art. 8:88 e.v. Awb is de zeer recente uitzondering. Zie Stb. 2013, 50.

Voorbeelden van bestuurshandelingen die bij uitstek thuishoren in de kern van het bestuursrecht zijn bestuurshandelingen als de verlening van vergunningen, concessies en ontheffingen, het opleggen van belastingen en andere aanslagen en het toekennen van subsidies. We kunnen dit de *originaire* bestuurshandelingen noemen. In het *omringende* bestuursrecht passen de beslissingen die vooruitlopen op de *originaire* bestuurshandelingen of daar nader op voortbouwen. Bij vooruitlopende – met andere woorden: *anticiperende* – bestuurshandelingen valt te denken aan bestuurlijke rechtsoordelen dat voor een bepaalde activiteit een vergunning nodig is of de toezegging dat in een bepaald geval al dan niet gedurende bepaalde tijd niet handhavend zal worden opgetreden. Bevoegdheden die op de *originaire* bevoegdheden voortbouwen hebben een *accessoire* karakter. *Accessoire* bevoegdheden zijn bevoegdheden die alleen kunnen bestaan voor zover zij voortvloeien uit eerder (*originair*) bestuursoptreden. Te denken valt aan de bevoegdheid tot toekenning van schadevergoeding of nadeelcompensatie, tot betaling of terugvordering van toegekende subsidies, het verhaal van de kosten van bestuursdwang et cetera.

In de literatuur is wel opgemerkt dat met de beperking tot Awb-besluiten de kern van het bestuursrecht te nauw is omschreven.<sup>8</sup> Behoren ingrijpende feitelijke handelingen van de overheid, zoals het uiteenslaan van een demonstratie, niet eveneens tot de kern van het bestuursrecht? Daar is zeker iets voor te zeggen, maar naar de huidige stand van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming is dat nog niet het geval. Wanneer de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, zoals wij die hierna zullen omschrijven, de toegang tot de bestuursrechter gaat bepalen, kan ook bepaald<sup>9</sup> feitelijk overheidshandelen tot de kern gerekend worden. Maar dan zijn we een hele stap verder en is de verhouding tussen de kern en het omringend bestuursrecht aanzienlijk gewijzigd!

Bij de kern van het bestuursrecht behoort ook een eigen, specifieke vorm van rechtsbescherming, het zogeheten vernietigingsberoep. Het valt evenwel zeer te betwijfelen of het huidige systeem van rechtsbescherming steeds het meest aangewezen is voor het omringende bestuursrecht. Doordat de bestuursrechter thans echter (vrijwel) uitsluitend kennis kan nemen van Awb-besluiten, was het moeilijk om voor de bestuurshandelingen van het omringende bestuursrecht een andere vorm van rechtsbescherming te ontwikkelen.

Het is van belang het object van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming en de wijze waarop de rechter kan worden benaderd, goed te onderscheiden. De primaire vraag van dit preadvies is of en in hoeverre naast besluiten ook de gehele *bestuursrechtelijke rechtsbetrekking* onder de bestuursrechter moet kunnen komen en wat, gezien vanuit dit oogmerk, onder een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking moet worden verstaan. Een andere vraag, die wij slechts aan het slot kort zullen aanstippen, is op

---

8 Ch.W. Backes & A.M.L. Jansen, 'De wederkerige rechtsbetrekking als panacee voor de gebreken van de "besluiten-Awb"? Centrale begrippen en uitgangspunten van de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 86, 87.

9 In hoeverre de onmiddellijke handhaving van de openbare orde hieronder moet vallen, komt aan de orde in hoofdstuk 4.

welke wijze dat dient te gebeuren: in hoeverre kan daarvoor gedacht worden aan een alternatief in de vorm van een verzoekschriftprocedure?<sup>10</sup>

### 1.3 De opbouw van dit preadvies

Zoals gezegd, beogen wij vanuit het verleden naar de toekomst te kijken. De eerste aan de orde te stellen vraag is derhalve waarom er ooit voor het besluitbegrip (toen nog: beschikkingsbegrip) is gekozen. Wat is de functie en de ratio daarvan en in hoeverre is het derhalve zinvol de destijds gemaakte keuzes te blijven respecteren (hoofdstuk 2)? In het hoofdstuk daarna wordt ingegaan op de hedendaagse problemen met het besluitbegrip. Soms zijn er te weinig en soms juist wat te veel besluiten; bijzondere aandacht wordt besteed aan het verschijnsel van de ketenbesluitvorming (hoofdstuk 3). De kern van het betoog wordt gevormd door het daarop volgende hoofdstuk: wat moet precies onder een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking worden verstaan en in hoeverre laat dat de ruimte open voor verdere ontwikkelingen (hoofdstuk 4)? In het oog springt dat deze benadering de ruimte biedt voor de mogelijkheid dat niet alleen de burger tegen het bestuur kan opkomen, maar ook het bestuur tegen de burger (hoofdstuk 5). De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is evenwel geen neutraal concept. Het heeft consequenties voor de normering en de rechtsbescherming. Wat betekent het bezigen van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht (hoofdstuk 6)? Wij maken voorts enige korte opmerkingen over de wijze waarop de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd. In hoeverre kan ook gedacht worden aan een verzoekschriftprocedure (hoofdstuk 7)? Tegen deze achtergrond is er ten slotte ruimte voor enkele meer beschouwende terugblikken, waarbij vooral wordt ingegaan op eerdere bespiegelingen van de Awb-wetgever. Zo rijst de vraag in hoeverre de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking wederkerig is en in hoeverre met het hier bepleitte groeimodel wordt aangesloten bij de eerder door de wetgever enigszins speculatief geschetste toekomstscenario's (hoofdstuk 8).

---

10 Gelet op de taakverdeling tussen de preadviseurs zijn wij hierover tamelijk summier. Zie over de vormgeving van de bestuursrechtelijke procedures de preadviezen van Van der Veen en De Graaf.



## 2. Het besluitbegrip

### 2.1 Een doctrinaire start: Van der Pot

Om te bepalen of het besluitbegrip kan worden herzien, uitgebreid of aangevuld met andere figuren, is het van belang om te weten wat ooit de gedachte achter de keuze voor het besluitbegrip was. Waarom hebben wij het beschikkingsbegrip (thans het besluitbegrip)? Waarom is destijds voor de beschikking gekozen? Met andere woorden: wat is de functie en de ratio ervan?

De harde kern van het besluitbegrip wordt gevormd door het beschikkingsbegrip. Een beschikking is niet meer dan een concreet besluit. Het beschikkingsbegrip kennen we al vele jaren. Het is in ons land geïntroduceerd door Van der Pot in zijn befaamde publicatie *De vormen van het besturen* (1932).<sup>11</sup> Van der Pot achtte het wenselijk om eenheid te scheppen in de wanorde die hij waarnam. Er waren zoveel verschillende bestuurshandelingen, ook nog onder uiteenlopende benamingen, dat niet duidelijk was wat bij wat hoorde. Van der Pot beoogde die bestuurshandelingen te categoriseren en daarvoor had hij uiteraard enige criteria nodig. Hij introduceerde de beschikking als verzamelterm voor een groot aantal inhoudelijk zeer uiteenlopende concrete bestuurshandelingen.

Om tot de onderscheidende criteria voor zijn beschikkingsbegrip te komen hanteerde hij een reductieredenering. Hij analyseerde de bestuurshandelingen die bestuursorganen verrichten en liet vervolgens steeds bepaalde soorten bestuurshandelingen afvallen, totdat hij uiteindelijk de beschikking overhield. De wetgevende functie moet van de bestuurlijke worden onderscheiden en daarom viel bij hem in de eerste plaats het vaststellen van algemene regels af. Het moet gaan om een handeling die betrekking heeft op een *bijzonder* geval. Vervolgens keek hij naar het *rechtsgevolg*. De daden die ‘in de materiële wereld een feitelijke verandering teweegbrengen’<sup>12</sup> zijn in zijn ogen juridisch niet relevant en daarom vielen de, wat wij nu noemen, feitelijke bestuurshandelingen eveneens af. De beschikking is ‘gericht op het scheppen van een nieuwe, het wijzigen of het opheffen van een bestaande rechtsverhouding’.<sup>13</sup> Hoewel bestuursorganen voor de vervulling van hun taak ook burgerrechtelijke rechtshandelingen verrichten, wilde Van der Pot ook die erbuiten houden: het ging hem alleen om het *publiekrechtelijke* rechtsverkeer. Van der Pot erkende, hoewel daar ook in zijn tijd al discussie over was, uitdrukkelijk dat er ook publiekrechtelijke

---

11 C.W. van der Pot, *De vormen van het besturen*, in: C.W. van der Pot e.a., *Nederlandsch bestuursrecht* (1<sup>e</sup> druk), Alphen aan den Rijn: Samsom 1932.

12 Van der Pot 1932, p. 202.

13 Van der Pot 1932, p. 204.

overeenkomsten zijn: dat zijn ‘de overeenkomsten die een publiekrechtelijke verhouding tot object hebben’,<sup>14</sup> maar ook die wilde hij erbuiten houden: hij acht alleen de *eenzijdige* rechtshandelingen relevant. Als laatste element merkte hij op dat de interne beschikking, de beschikking die geldt ‘binnen het kader van een bepaalde dienst, een bepaald bedrijf, een bepaalde instelling’<sup>15</sup> eveneens uitgezonderd moet worden, in het bijzonder vanwege de in zijn ogen minder belangrijke plaats die zij in het bestuursrecht innemen.

Al met al zijn dus afgevallen: de wetgeving in materiële zin (en andere besluiten van algemene strekking, maar daar kon hij zich nog niet zo heel veel bij voorstellen), feitelijke bestuurshandelingen, privaatrechtelijke rechtshandelingen van de overheid, meerzijdig publiekrechtelijke rechtshandelingen (publiekrechtelijke overeenkomsten) en interne beschikkingen. Positief uitgedrukt: de beschikking van Van der Pot is een concrete, eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling die verricht wordt door een bestuursorgaan.

In de literatuur is meer dan eens de vraag gesteld of Van der Pot geen voorlopers had.<sup>16</sup> Daarbij wordt dan met name op het eerdere administratiefrechtelijke handboek van Van Poelje (1927) gewezen.<sup>17</sup> Opgemerkt zij dat Van der Pot echter een belangrijk deel van zijn beschouwingen over het beschikkingsbegrip al in 1927 in een zeer uitvoerige interventie op de jaarvergadering van de NJV uit de doeken had gedaan.<sup>18</sup>

De analyses van Van der Pot, ook al zijn ze meer dan driekwart eeuw oud, klinken opmerkelijk modern, ze hebben althans weinig aan actualiteit ingeboet.<sup>19</sup> Ze zijn evenwel geschreven in een tijd dat er in ons land nog geen algemene bestuursrechtsspraak was. Het beschikkingsbegrip had in zijn tijd dan ook niet de functie die tegenwoordig zo belangrijk is: het functioneren als toegangspoort tot de bestuursrechter. Dit roept de vraag op welke functies het beschikkingsbegrip destijds dan wel had. De belangrijkste functies die Van der Pot – naast het bepalen en categoriseren van haar inhoud – aan het beschikkingsbegrip toekende, was ten eerste de algemene vereisten voor de rechtsgeldigheid van beschikkingen tot uitdrukking te brengen<sup>20</sup> en ten tweede de formele en de materiële rechtskracht van de beschikking vast te stellen.<sup>21</sup> Voor rechtsgeldigheid valt met name te denken aan de volgende vereisten: de beschikking moet afkomstig zijn van het bevoegde bestuursorgaan, verplichtende beschikkingen moeten op een wet (‘rechtsregel’) berusten, de beschikking mag noch in strijd zijn met de inhoud noch met het doel van die rechtsregel

---

14 Van der Pot 1932, p. 203.

15 Van der Pot 1932, p. 204.

16 F.C.M.A. Michiels, *De Arob-beschikking* (diss. Nijmegen), Den Haag: VUGA 1987, p. 23 en vooral J.P. de Jong, *Bestuursrecht van vreemde herkomst* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 23.

17 G.A. van Poelje, *Beginselen van Nederlandsch Administratief recht*, Alphen aan den Rijn 1927.

18 Handelingen NJV 1927 II, p. 52-62.

19 R.M. van Male, ‘C.W. van der Pot: De vormen van het besturen’, in: J.B.J.M. ten Berge e.a., *Oude Meesters. Grondleggers van bestuursrecht en hun rol in het huidige recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 23.

20 Van der Pot 1932, p. 206.

21 Van der Pot 1932, p. 214.

(verbod van *détournement de pouvoir*) en de beschikking moet op de correcte wijze tot stand zijn gekomen.

Terwijl de bestuursrechtelijke rechtsbescherming de afgelopen decennia ingrijpend is veranderd, heeft het beschikkingsbegrip geen wezenlijke wijzigingen ondergaan. Op de keper beschouwd, hoeft het dan ook niet te verwonderen dat het beschikkingsbegrip juist bij de rechtsbescherming op meerdere punten is gaan knellen; we gaan daar hierna in hoofdstuk 3 op in. We zouden dan ook met evenveel kracht van argumenten kunnen stellen dat het hedendaagse beschikkings-/besluitbegrip opmerkelijk *ouderwets* is. Wordt het niet hoog tijd daaraan iets te doen?

Van der Pot leunde voor zijn beschouwingen op de Franse en meer nog op de Duitse literatuur. Het opmerkelijke is dat in die landen, en met name in Duitsland, voor de toegang tot de bestuursrechter thans niet steeds het vereiste van een rechtshandeling wordt gesteld: de bestuursrechter kan in beginsel ook feitelijk bestuurshandelen toetsen (tenzij de wetgever dat heeft uitgesloten).<sup>22</sup> Waarom zou in ons land het besluitbegrip dan nog steeds deze belemmering moeten opwerpen?

## 2.2 Transitie van doctrine naar recht

In de loop der tijden is het beschikkingsbegrip van een louter doctrinair begrip getransformeerd tot een wets- en rechtsbegrip. Uit de omschrijving die Van der Pot aan het beschikkingsbegrip gaf zijn, zoals we zagen, de volgende elementen af te leiden: de beschikking is een concrete, eenzijdige, publiekrechtelijke rechtshandeling van een bestuursorgaan. Deze elementen zijn nu alle – expliciet of impliciet – terug te vinden in het huidige artikel 1:3 Awb. Voor een goed begrip van de huidige wettekst is het dan ook zinvol eerst even kort naar de wetsgeschiedenis te kijken.

Hoewel de voorlopers van de Awb elk een eigen omschrijving van het beschikking- en besluitbegrip bevatten – met name de uitvoerige definitie van de Wet beroep administratieve beschikkingen (Wet Bab) werd drastisch ingekort –, was daarmee niet beoogd de betekenis van het beschikkingsbegrip wezenlijk te wijzigen.<sup>23</sup> Het gevolg van de wetswijzigingen is dat er verschillende aspecten van het beschikkingsbegrip zijn aan te wijzen die thans niet (meer) goed zichtbaar zijn in de letterlijke tekst van artikel 1:3 Awb en daarom hier even aandacht verdienen.

In de eerste plaats ging Van der Pot ervan uit dat beschikkingen in de regel op een wettelijke grondslag althans op een rechtsregel berusten.<sup>24</sup> De Wet Bab bracht dit tot uitdrukking door in de begripsomschrijving van de ‘beschikking’ op te nemen dat deze is gegeven ‘krachtens een in enig staats- of administratiefrechtelijk voorschrift vervatte bevoegdheid of verplichting’. In de Wet administratieve rechtspraak over-

---

22 Zie o.a. R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne. Enige beschouwingen over de rechtsmacht van de bestuursrechter* (oratie Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 16 en uitvoerig het preadvies van De Graaf.

23 Zie voor de Wet Bab en de Wet Arob Michiels 1987, p. 71 en voor de Awb; PG Awb I, p. 153-157 met name p. 154.

24 Van der Pot 1932, p. 205, 206. In het bijzonder voor het opleggen van verplichtingen vereiste hij een dergelijke grondslag.

heidsbeschikkingen (Wet Arob) werd deze eis verlaten. Men ging ervan uit dat kon worden volstaan met de uitdrukking ‘publiekrechtelijk’. Dat bood bovendien enige ruimte voor buitenwettelijke beschikkingen. De Awb beoogt daarin geen verandering te brengen.

Voorts ging Van der Pot er uitdrukkelijk van uit dat de beschikking *eenzijdig* van aard is. De Wet Bab bracht dit vereiste nog expliciet tot uitdrukking. In de Wet Arob is het woord ‘eenzijdig’ niet meer opgenomen, maar daarmee werd geen inhoudelijke wijziging beoogd.<sup>25</sup> De gedachte was blijkbaar dat publiekrechtelijke rechtshandelingen van bestuursorganen per definitie eenzijdig zijn. In artikel 1:3 Awb ontbreekt het woord ‘eenzijdig’ eveneens.

Ofschoon Van der Pot uitdrukkelijk ook de rechtsvaststellende beschikking onderscheidde, besteedde hij verreweg de meeste aandacht aan de rechtsschepende beschikking.<sup>26</sup> De Wet Bab bevatte in haar definitie een omschrijving van beide soorten beschikkingen. De Wet Arob beperkte zich echter tot de rechtsschepende beschikking, door te vereisen dat het besluit gericht is op enig rechtsgevolg.<sup>27</sup> De Awb beoogt met het begrip rechtshandeling hierin geen wijziging te brengen.

## 2.3 Dogmatiek versus rechtsbescherming

Het besluitbegrip bakent op dit moment de bestuursrechtelijke rechtsbescherming af (zie art. 8:1 jo. 7:1 Awb). Handelen van de overheid is aan te merken als een besluit als het gaat om: ‘een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling’ (art. 1:3 lid 1 Awb). Doordat het besluitbegrip dé toegangspoort is tot de rechtsbescherming wordt dit begrip meer dan eens strategisch ingezet door zowel de wetgever als de rechter. Daardoor staat de dogmatiek onder druk, ten koste van het bieden van meer rechtsbescherming.<sup>28</sup> Dit rechtvaardigt de vraag wat de achtergrond is van de dogmatiek en daarmee rijst de vraag in hoeverre de elementen van het besluitbegrip de juiste zijn om de toegang tot de bestuursrechter af te bakenen. Hierna wordt dieper ingegaan op de reeds door Van der Pot genoemde elementen van het besluitbegrip, te weten: bestuursorgaan, publiekrechtelijk, rechtshandeling en eenzijdigheid.<sup>29</sup>

---

25 Michiels 1987, p. 71.

26 Van der Pot 1932, p. 217.

27 Men kan evenwel betogen dat eigenlijk ook bepaalde rechtsvaststellende beschikkingen op rechtsgevolg zijn gericht, namelijk voor zover zij wettelijk voorgeschreven rechtsgevolgen doen intreden. Dit punt kan hier terzijde blijven, aangezien de huidige rechtspraak over het element ‘rechtshandeling’ van art. 1:3 Awb niet op deze lijn zit. Zie hierover F.J. van Ommeren, ‘Wetsinterpretatie: het bestuurlijk oordeel als rechtsvaststellend besluit’, JBplus 2000, p. 119 e.v.

28 Hiervoor is in de literatuur de afgelopen jaren regelmatig aandacht gevraagd; zie nog betrekkelijk recent, met uitvoerige verwijzingen: R. Ortlep, ‘Het besluitbegrip: een verdampende theorie’, RM Themis 2008, p. 243 e.v.

29 Het element van de concreetheid laten wij hier buiten beschouwing.

Bij het element ‘bestuursorgaan’ staan de dogmatiek van het legaliteitsbeginsel en de wens om bestuursrechtelijke rechtsbescherming te bieden soms tegenover elkaar. Uitsluitend bestuursorganen kunnen besluiten nemen in de zin van artikel 1:3 Awb. Het begrip bestuursorgaan wordt geregeerd door het legaliteitsbeginsel, maar daarop worden wel enige uitzonderingen gemaakt. Reeds in de memorie van toelichting bij artikel 1:1 Awb, wordt op grond van de Arob-jurisprudentie een onderscheid gemaakt tussen wettelijke en buitenwettelijke bestuursorganen.<sup>30</sup> Zoals bekend, is een a-orgaan een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld.<sup>31</sup> Het onderscheid is evenwel met name relevant voor de zogeheten b-organen. Dit zijn de privaatrechtelijke (rechts)personen die met enig openbaar gezag zijn bekleed. Openbaar gezag wordt in beginsel verkregen op grond van een wettelijk voorschrift dat zelf is terug te voeren op een wet in formele zin. De buitenwettelijke wijze van het verkrijgen van openbaar gezag vindt plaats doordat de publieke taak – oftewel de overheidstaak – tot grondslag wordt genomen.<sup>32</sup> Hoewel de publieke-taakjurisprudentie begrijpelijkerwijs in de literatuur de nodige aandacht krijgt, is de rechter – vanuit het oogpunt van legaliteit, terecht – terughoudend met het aannemen van een buitenwettelijk bestuursorgaan louter op grond van een publieke taak. De bestuursrechter doet dit eigenlijk vrijwel uitsluitend als de privaatrechtelijke rechtspersoon als een soort van ‘doorgeefluik’ fungeert voor subsidies of andere financiële toekenningen.<sup>33</sup> Naar de eerste, inmiddels klassieke uitspraak wordt deze lijn wel de Silicose-jurisprudentie genoemd.<sup>34</sup> Een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon (veelal: een stichting) die subsidies of andere financiële uitkeringen verstrekt, wordt door de Afdeling bestuursrechtspraak aangemerkt als een bestuursorgaan, indien de subsidies in overwegende mate uit de publieke middelen worden bekostigd en de criteria voor de verstrekking van de subsidie door de overheid (doorgaans: de minister) zijn goedgekeurd.<sup>35</sup> Het blijkt dat de bestuursrechter hier om strategische redenen – het bieden van rechtsbescherming –

30 PG Awb I, p. 133.

31 Het gaat om de organen die behoren tot de zogeheten hoofdstructuur van de bestuurlijke organisatie, de openbare lichamen voor beroep en bedrijf en andere openbare lichamen en publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandig bestuursorganen. Zie S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 46 (hierna: Zijlstra 2009a).

32 In de literatuur wordt meestal gesproken over een ‘publieke taak’ ofschoon de rechter hier meestal over ‘overheidstaak’ spreekt. Zie bijvoorbeeld F.J. van Ommeren, ‘Het publieke-taakcriterium in de bestuursrechtelijke jurisprudentie’, in: J.W. Sap e.a. (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, p. 143 en Zijlstra 2009a, p. 52.

33 CRvB 31 maart 2006, AB 2006, 424, m.nt. Van Ballegooij en Van Duivenvoorde (Argonout BV). Zie S.E. Zijlstra, ‘De grenzen van de overheid’, in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur?* (VAR-advies 140), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 22.

34 ABRvS 30 november 1995, AB 1996, 136, m.nt. S.E. Zijlstra; AB Klassiek 2009, nr. 26, m.nt. G. Overkleef-Verburg (Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers).

35 Zie in het bijzonder ABRvS 13 november 2002, AB 2003, 114, m.nt. NV (Stichting Hulpfonds Gedupeerden Bijlmerramp) en ABRvS 27 augustus 2003, AB 2004, 10, m.nt. NV (Stichting MS projecten). Zie voor deze criteria ook G.T.J.M. Jurgens & F.J. van Ommeren, *De opmars en het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 54 (en (iets anders verwoord) ook Zijlstra 2008, p. 22 en Zijlstra 2009a, p. 53).

zijn competentie iets heeft opgerekt tot privaatrechtelijke rechtspersonen die wel zeer dicht tegen de klassieke overheid aanschurken. Het is geen toeval dat dit met name gebeurt op het terrein van de subsidieverstrekking, een terrein waar de bestuursrechter van oudsher kennis van neemt, ook als een wettelijke grondslag ontbreekt.

Het is van belang om in het oog te houden dat de lijn van de Silicose-jurisprudentie niet is doorgetrokken naar andere instellingen die een publieke taak uitoefenen. Zelfs privaatrechtelijke rechtspersonen die beschikken over een uitdrukkelijke wettelijke taak worden in de rechtspraak niet aangemerkt als bestuursorgaan. De reden daarvoor is dat de toekenning van een taak nog niet inhoudt dat zij ook over publiekrechtelijke bevoegdheden beschikken. Woningcorporaties bijvoorbeeld zijn stichtingen of (soms) verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid waaraan ingevolge artikel 70 Woningwet uitdrukkelijk een publieke taak is toegekend, maar zij zijn niet met openbaar gezag bekleed. Hetzelfde geldt in de regel voor privaatrechtelijke instellingen van gezondheidszorg en voor bijzondere onderwijsinstellingen.<sup>36</sup> Ondanks het iets loslaten van de eis van een specifieke wettelijke grondslag waarbij publiekrechtelijke bevoegdheden worden toegekend, is alleen een publieke taak – zelfs een wettelijk toegekende publieke taak – voor de rechter onvoldoende om een privaatrechtelijke instelling als bestuursorgaan aan te merken.<sup>37</sup>

Bij het element ‘bestuursorgaan’ is er enige spanning tussen het vasthouden aan de dogmatiek en het bieden van rechtsbescherming. Al met al blijft de bestuursrechtspraak zeer dicht bij de dogmatiek van het legaliteitsbeginsel en dat geeft tot op vrij grote hoogte ook voldoende houvast. Door middel van het publieke-taak-criterium geeft de bestuursrechter daaraan slechts een bescheiden uitbreiding. Dat het legaliteitsbeginsel dé maatstaf is om bestuursorganen op te baseren, ligt in onze democratische rechtsstaat voor de hand. Of het dat *daarom* ook is om de toegang tot de bestuursrechter te bepalen valt te betwijfelen. Dit laatste punt doet zich in sterkere mate voelen bij het hierna te behandelen element ‘publiekrechtelijk’ dat eveneens op het legaliteitsbeginsel is gebaseerd.

### 2.3.2 Element ‘publiekrechtelijk’

Met betrekking tot het element ‘publiekrechtelijk’ staan dogmatiek en rechtsbescherming ook in bepaalde situaties tegenover elkaar. In principe moet er voor een publiekrechtelijke bevoegdheid een specifieke wettelijke grondslag zijn, maar soms neemt de bestuursrechter er genoeg mee dat die specifieke grondslag ontbreekt en accepteert hij een algemene wettelijke grondslag, een beleidsregel, een publieke taak of een publiekrechtelijk rechtsbeginsel als titel. Bij deze andere

---

36 Met uitzondering van een enkele specifieke bevoegdheid, zoals de bevoegdheid om diploma's toe te kennen en tentamens af te nemen: ABRvS 17 juli 2000, AB 2000, 446, m.nt. BPV.

37 Er is daarnaast een andere manier waarop zonder wettelijke grondslag openbaar gezag kan worden verkregen, namelijk doordat de overheid *overwegende* invloed op het beheer van de rechtspersoon uitoefent. Dit speelt alleen in het kader van het ambtenarenrecht. Zie hierover Zijlstra 2009a, p. 50.

grondslagen hecht de bestuursrechter waarde aan een soort van bestuursrechtelijke verankerung.<sup>38</sup>

Wanneer een specifieke wettelijke grondslag voor het nemen van besluiten ontbreekt, wordt in bepaalde gevallen een algemene wettelijke grondslag of een algemene bestuursbevoegdheid als grondslag genomen. De Afdeling bestuursrechtsspraak oordeelde dat het besluit van de gemeenteraad van Smallingerland om een verzoek om een bijdrage in de kosten van een bedrijfsverplaatsing te honoreren, is genomen op grond van zijn algemene publiekrechtelijke bevoegdheid als bedoeld in artikel 108 jo. 147, tweede lid, Gemeentewet.<sup>39</sup> Vanuit het oogpunt van legaliteit is er makkelijk kritiek te leveren. Een algemene gemeentelijke bestuurstaak is wel erg ruim om een specifieke bevoegdheid op terug te voeren, het is niet op voorhand zeker waar de precieze grens ligt.

In incidentele gevallen is door de bestuursrechter aangenomen dat een beleidsregel kan dienen als een grondslag voor een besluit. Zo wordt bijvoorbeeld een beslissing over nadeelcompensatie, die genomen is op basis van een gepubliceerde beleidsregel, aangemerkt als een appellabel besluit.<sup>40</sup> Dit soort besluiten laat zich moeilijk plaatsen in de publiekrechtelijke dogmatiek. Een beleidsregel heeft betrekking op de wijze van uitoefening van een bestaande bevoegdheid van een bestuursorgaan (zie art. 1:3 lid 4 Awb) en kan dus eigenlijk niet zelf een bevoegdheid creëren.<sup>41</sup>

Soms wordt – als een specifieke wettelijke grondslag ontbreekt – een publieke taak als grondslag van een besluit aangemerkt. Veelal wordt aangeknoopt bij louter taakstellende artikelen in de wet, maar een enkele keer ontbreken zelfs die.<sup>42</sup> In de literatuur is er al eerder op gewezen dat de zogeheten buitenwettelijke publiekrechtelijke bevoegdheden meer dan eens voorheen privaatrechtelijk waren. De bestuursrechter converteert – oftewel transformeert – overheidsbevoegdheden die van oudsher een privaatrechtelijk karakter hadden tot publiekrechtelijke bevoegdheden.<sup>43</sup> Dit relativeert de breuk met het legaliteitsbeginsel enigszins. Vanuit de dogmatiek, het legaliteitsbeginsel, is het veel bezwaarlijker als er zonder wettelijke grondslag echt nieuwe bevoegdheden in het leven worden geroepen.

Ten slotte kan tot op zekere hoogte ook een rechtsbeginsel een titel voor een besluit zijn. Een bekend voorbeeld hiervan is het zelfstandig schadebesluit.<sup>44</sup> Rechtsbeginselen die een titel kunnen vormen voor een schadebesluit zijn het algemeen

---

38 F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen, *Het Awb-besluit*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 49.

39 ABRvS 11 mei 1998, AB 1998, 298, m.nt. M.J. Jacobs (Vergoeding bedrijfsverplaatsing). Zie recentelijk CRvB 9 november 2011, AB 2012, 223, m.nt. H.E. Bröring, *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 2011, 91, m.nt. P.J. Huisman (beëindiging noodopvang).

40 ARRvS 14 mei 1986, AB 1986, 568, m.nt. PCEvW (Metro Rotterdam I) en ABRvS 3 april 2000, AB 2000, 222, m.nt. MSV (Tegelen).

41 Van Ommeren & Van der Veen 1999, p. 53 en B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb. Aansprakelijkheid voor appellabele besluiten*, Deventer: Kluwer 2005, p. 49.

42 ABRvS 10 april 1995, AB 1995, 498, m.nt. G.A. van der Veen, AB Klassiek 2009, nr. 24 m.nt. G.A. van der Veen (Long Lin).

43 Van Ommeren & Van der Veen 1999, p. 47 en 51. Eerder: G.A. van der Veen, *Openbare zaken* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 278. Zie tevens PG Awb I, p. 154.

44 ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229, m.nt. Van Buuren, AB Klassiek 2009, 30, m.nt. P.J.J. van Buuren (Van Vlodrop).



geldende rechtsbeginsel dat degene die door toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt gehouden is die aan de benadeelde te vergoeden en het rechtsbeginsel van *'égalité devant les charges publiques'* (gelijkheid voor de openbare lasten). Het is belangrijk om te constateren dat de Afdeling voor een titel niet louter een publiekrechtelijk rechtsbeginsel vereist, maar bovendien de eis stelt dat het besluit is genomen in het kader van de door 'de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding'.<sup>45</sup> Op grond van deze twee gecombineerde titels, rechtsbeginsel én rechtsverhouding, nam de Afdeling een besluit aan. Bovendien is voor de appellabiliteit vereist dat er sprake is van formele connexiteit: de bestuursrechter is slechts bevoegd tot kennisneming van beroepen tegen deze schadebesluiten indien die rechter ook bevoegd is te oordelen over beroepen tegen de schadeveroorzakende uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid zelf.<sup>46</sup> Het is van belang de aanwezigheid van een publiekrechtelijke rechtsverhouding, goed in het oog te houden, want op dit punt hanteert de bestuursrechter in wezen een rechtsbetrekkingbenadering.<sup>47</sup> Het College van Beroep voor het bedrijfsleven zegt zelfs onomwonden:

'Indien de oorzaak van de schade ligt in een publiekrechtelijke rechtshandeling, het schadeveroorzakende besluit, wordt met een beslissing ter regeling van de gevolgen van die handeling niet buiten de publiekrechtelijke rechtsbetrekking getreden waarbinnen de schade is veroorzaakt.'<sup>48</sup> [curs. FvO/PH]

Voornaamste punt van kritiek op de zelfstandig-schadebesluitjurisprudentie is dat het voor de rechtsbescherming vereisen van een schadebesluit eigenlijk een overbodige en complicerende tussenstap is.<sup>49</sup> Maar gegeven dat de Awb niettemin een besluit vereist, is een volgend punt van kritiek dat met een buitenwettelijk besluit afbreuk wordt gedaan aan de dogmatiek van het legaliteitsbeginsel.<sup>50</sup> Deze kritiek

45 ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229, m.nt. PvB, AB Klassiek 2009, 30, m.nt. P.J.J. van Buuren (Van Vlodrop).

46 ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229, m.nt. PvB, AB Klassiek 2009, 30, m.nt. P.J.J. van Buuren (Van Vlodrop). De jurisprudentie van de CRvB en het CBB is iets anders. De Afdeling maakt, in tegenstelling tot de CBB en CRvB, onderscheid tussen appellabele en niet-appellabele zelfstandig schadebesluiten. De CRvB en CBB zien in een beslissing omtrent schadevergoeding van het bestuur alleen een besluit als zowel aan de materiële en formele connexiteitseis is voldaan. Zie CRvB 28 juli 1994, AB 1995, 133 en CBB 19 februari 1997, AB 1997, 144.

47 De andere hoogste bestuursrechters gingen ook van de rechtsbetrekkingbenadering uit. Zij lieten echter het vereiste van een publiekrechtelijk rechtsbeginsel weg. Zie CRvB 28 juli 1994, AB 1995, 133, m.nt. RMvM en CBB 19 februari 1997, AB 1997, 144, m.nt. JHvdV.

48 CBB 19 februari 1997, AB 1997, 144, m.nt. JHvdV.

49 N. Verheij, 'Overheidsaansprakelijkheid in de Awb. Vragen voor de wetgever', O&A 2002, p. 124.

50 C.A.J.M. Kortmann, 'De Grondwet en de jurisprudentie inzake het zelfstandig schadebesluit', NJB 1997, p. 1327, 1328 met reacties van Th.G. Drupsteen, K. Frielink en B.A.W. ten Holder, NJB 1997, p. 1596-1599 en J.H. Nieuwenhuis, 'Vechten met de beer? De strijd om het legaliteitsbeginsel', RM Themis 1997, p. 351, 352. Zie hierover nader F.J. van Ommeren, 'Op weg naar publiekrechtelijk vermogensrecht. Het legaliteitsbeginsel en het zelfstandig schade- en terugvorderingsbesluit', NTBR 1998, p. 115 e.v. en F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst en ondergang van de geïmpliceerde bevoegdheden?', RM Themis 2002, p. 123.



kan gerelativeerd worden doordat er een nauw verband is tussen het zelfstandig schadebesluit en het schadeveroorzakende besluit waarvoor wel een specifieke wettelijke grondslag is. In de jurisprudentie is ook aangenomen dat bij zelfstandige terugvorderingsbesluiten een rechtsbeginsel als publiekrechtelijke titel kan fungeren. Het belang van de rechtspraak over het zelfstandig terugvorderingsbesluit en het zelfstandig schadebesluit loopt overigens zeer op zijn retour, aangezien de wetgever (recent) heeft ingegrepen.<sup>51</sup>

De vraag die zich opdringt is of het legaliteitsbeginsel wel een gerechtvaardigde maatstaf is om de toegang tot de bestuursrechter te beperken. Het legaliteitsbeginsel heeft enkele verschillende achterliggende doelstellingen. Zo is het traditioneel van groot belang om vast te stellen of aan het bestuursorgaan wel de uitgeoefende bevoegdheid is toegekend. Voorts is het van belang voor het democratisch gehalte van het overheidsoptreden en kan het een aanzienlijke bijdrage leveren aan de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid van de burger en van het bestuur.<sup>52</sup> Gezien deze functies van het legaliteitsbeginsel zien wij niet in waarom het legaliteitsbeginsel tevens een goede maatstaf is om de toegang tot de rechter te bepalen. Door het legaliteitsbeginsel mede te gebruiken als criterium om de bevoegdheid van de bestuursrechter vast te stellen, krijgt het een functie die niet goed bij zijn aard en strekking past. Het biedt voor veel besluiten een uitstekende (maar uiteraard niet de enige) maatstaf om te beoordelen of een besluit bevoegdlijk is genomen. Hoever het legaliteitsbeginsel inhoudelijk reikt, is een materiële aangelegenheid, die de bestuursrechter naar ons oordeel primair dient te beoordelen nadat hij van het geschil heeft kennisgenomen. Dat is echter een andere kwestie dan het aan de hand van het legaliteitsbeginsel beoordelen of hij wel kennis mag nemen van de aangevochten beslissing. De vrijwel exclusieve koppeling van de mogelijkheid om beroep in te stellen bij de bestuursrechter aan het besluitbegrip, maakt dat het legaliteitsbeginsel via het element 'publiekrechtelijk' ook maatgevend is voor de toegang tot de bestuursrechter. Niet valt echter in te zien wat de *ratio* van het legaliteitsbeginsel daarmee te maken heeft. Het legaliteitsbeginsel heeft daarom geen goede papieren om de toegang tot de bestuursrechter in te perken.

### 2.3.3 Element 'rechtshandeling'

Vormt het legaliteitsbeginsel een weinig bevredigende maatstaf om de toegang tot de rechter te bepalen, nog groter zijn de inbreuken op de dogmatiek wanneer we het element 'rechtshandeling' onder de loep nemen. Er worden in het bestuursrecht

---

51 Zo geeft art. 4:57, eerste lid, Awb al weer enige jaren een voorziening voor het besluit tot terugvordering van subsidie. De Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten (Stb. 2013, 50) biedt via art. 4:126 de algemene grondslag voor het nadeelcompensatiebesluit. Voor wat betreft onrechtmatig bestuurshandelen is formeel het zelfstandig schadebesluit niet afgeschaft, maar is dit ingevolge art. 8:4, eerste lid, onderdeel f, Awb niet langer meer appellabel.

52 F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het wetgevingsbeleid', *Bestuurswetenschappen* 2009, afl. 4, p. 11 e.v. en W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel', in: W.J.M. Voermans, M.J. Borgers & C.H. Sieburgh, *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2011-1), Deventer: Kluwer 2011, p. 10 e.v.

zoveel uitzonderingen gemaakt op de rechtshandelingendogmatiek dat de vraag rijst of en in hoeverre het zinvol is het te handhaven als zeef voor de toegang tot de bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

De rechtshandeling is een *algemene* rechtsfiguur die zowel in het privaatrecht als het bestuursrecht voorkomt. De definitie van het begrip ‘rechtshandeling’ is ontleend aan de privaatrechtelijke doctrine. In het bestuursrecht krijgt dit begrip evenwel voor het aanmerken van een bestuurshandeling als besluit onder omstandigheden een ietwat andere uitwerking of wordt de eis van het zijn van rechtshandeling zelfs geheel losgelaten. Volgens de dogmatiek is een rechtshandeling een op enig rechtsgevolg gerichte handeling. Dit betekent in het bijzonder dat als de rechtsgevolgen rechtstreeks voortvloeien uit een wettelijk voorschrift er geen sprake is van een rechtshandeling, want de daarmee verband houdende bestuurshandeling verandert dan niets in de wereld van het recht.

De wetgever heeft de grootste moeite zich aan de eis van het op rechtsgevolg gericht zijn te houden: hij maakt er met enige regelmaat uitzonderingen op. Een klassieker vormt de *weigering* een beschikking te nemen. Door een weigering verandert er niets in iemands rechten en plichten. Een weigering is niet gericht op rechtsgevolg en daardoor geen rechtshandeling. Het is bij uitstek in deze situatie dat er rechtsbescherming is gewenst. Teneinde de weigering een beschikking te nemen als besluit aan te merken, moest de wetgever dan ook meteen met artikel 1:3 lid 2 Awb een flinke deuk in de rechtshandelingendogmatiek slaan: onder een beschikking wordt ook de afwijzing van een aanvraag daarvan begrepen. Een niet minder bekend voorbeeld vormt het schriftelijk aanzeggen van *bestuursdwang*, waaraan – vanwege het feitelijke karakter – vroeger de bestuursrechter en later de wetgever op verschillende manieren een beschikkingskarakter hebben toegekend.<sup>53</sup> Een ander recenter voorbeeld biedt de positieve fictieve beschikking (de *lex silencio positivo*). De paragraaf in de Awb over de positieve fictieve beschikking is van toepassing als dat bij wettelijk voorschrift is bepaald. Ingevolge artikel 4:20b, tweede lid, Awb geldt dan dat indien niet tijdig op de aanvraag tot het geven van een beschikking is beslist, de gevraagde beschikking van rechtswege is gegeven. Er zijn met gemak talloze andere voorbeelden te geven, ook in de bijzondere wetgeving, maar de strekking van het betoog moge duidelijk zijn. Om bestuursrechtelijke rechtsbescherming mogelijk te maken, houdt de (Awb-)wetgever zich niet aan de dogmatische uitgangspunten.

In de *rechtspraak* zien we dezelfde worsteling. Er zijn veel voorbeelden te geven van bestuurshandelingen die dogmatisch gezien feitelijk van aard zijn, maar door de bestuursrechter uit het oogpunt van het bieden van rechtsbescherming als besluit worden aangemerkt. Een subtiele manier waarop het op rechtsgevolg gericht zijn ruim wordt geïnterpreteerd, is door de beoogde rechtsgevolgen wat op te rekken. Zo wordt de mededeling dat gevraagde gegevens niet onder een bestuursorgaan

---

53 Tot aan de vierde tranche Awb werd het opgelost door middel van art. 5:24, eerste lid, Awb (oud): ‘Een beslissing tot toepassing van bestuursdwang wordt op schrift gesteld. De schriftelijke beslissing is een beschikking’. Met de vierde tranche heeft de wetgever dit overigens eleganter opgelost. Art. 5:2, eerste lid, definieert bestuursdwang als een bestuurlijke sanctie inhoudende een opgelegde verplichting of onthouden aanspraak. Aldus omschreven is het opleggen van bestuursdwang een publiekrechtelijke rechtshandeling, wat er niet aan af doet dat de tenuitvoerlegging naar haar aard een feitelijke karakter behoudt.

berusten, aangemerkt als een Awb-besluit, omdat het rechtsgevolg van deze mededeling het niet inwilligen van een verzoek om informatie is.<sup>54</sup> Bekend voorbeeld biedt voorts het *bestuurlijke rechtsoordeel*. Een bestuurlijk oordeel over de toepasselijkheid van bestuursrechtelijke voorschriften, waarvan de toepassing tot de bevoegdheid van het bestuursorgaan behoort, is volgens de dogmatiek geen besluit, omdat dit oordeel niet op rechtsgevolg is gericht.<sup>55</sup> Voor een bestuurlijk rechtsoordeel interpreteert en beoordeelt het bestuursorgaan zowel de wettelijke voorschriften als de (voorgenomen) feiten om in te schatten tot welke consequenties dat zal leiden. Die rechtsgevolgen vloeien rechtstreeks voort uit de wet. Bij wijze van uitzondering merkt de rechter een bestuurlijk rechtsoordeel desondanks toch aan als besluit wanneer het doen van een aanvraag voor een vergunning of een verzoek tot handhaving 'onredelijk bezwarend' wordt beschouwd.<sup>56</sup> Wel heel bijzonder is de manier waarop beredeneerd wordt hoe de bestuursrechter kan kennisnemen van *onbevoegd* genomen besluiten. Zelfs hier moet het bestuursorgaan de bestuurshandeling als besluit aanmerken teneinde er kennis van te kunnen nemen, terwijl het evident is dat een onbevoegd genomen besluit geen rechtsgevolgen schept. Om uit deze spaagat te kunnen komen, maakt de bestuursrechter onderscheid tussen de intentie van het bestuursorgaan (het op rechtsgevolg gericht zijn) en het uiteindelijke resultaat (het besluit heeft geen rechtsgevolgen want het is onbevoegd genomen). Men zie de volgende overweging van de Afdeling bestuursrechtspraak:<sup>57</sup>

'Het bestreden besluit moet echter, nu verweerders tot het nemen daarvan (...) niet meer bevoegd waren, worden geacht nooit te zijn genomen. Een van rechtswege nietig besluit is niettemin een voor beroep vatbaar besluit, omdat het is gericht op rechtsgevolg, al bewerkstelt het dat niet.'

Ook de mededeling van een bestuursorgaan aan een belanghebbende dat het in een bepaald geval niet bevoegd is om een bepaald besluit te nemen, wordt in beginsel eveneens aangemerkt als een besluit.<sup>58</sup> Ook hier is duidelijk dat de rechtshandelingenleer geen enkele steun biedt, maar dat het om iets anders gaat: het bieden van adequate rechtsbescherming. Tegen de achtergrond van het kunnen bieden van rechtsbescherming valt dit soort oplossingen goed te billijken, maar dergelijke

54 E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 394.

55 Waarover met name: Ch.W. Backes & F.C.M.A. Michiels, 'Het bestuurlijk oordeel als beschikking', NTB 1989, p. 175 e.v.; R.J.N. Schlössels, 'Rechtschepping of rechtvaststelling: het bestuurlijk rechtsoordeel als 'revolutionair' ontvankelijkheidsconcept?', NTB 1999, p. 28 e.v. (in reactie op: D.W.P. Ruiter, 'Zelfstandige schadebesluiten: rechtschepping of rechtvaststelling?', NTB 1998, p. 281 e.v.); H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Het rechtsvaststellend besluit onder de loupe, Het rechtsoordeel als ongewenst rechtsfenomeen', Gst. 7092, p. 89 e.v. met reactie van C.A.J.M. Kortmann, Gst. 7096, p. 218, 219 en naschrift van Hennekens; Van Ommeren 2000, p. 113 e.v.; R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 246 e.v.

56 Zie bijvoorbeeld ABRvS 16 november 1998, AB 1999, 426, m.nt. A.A.J. de Gier en CBB 21 juli 1998, AB 1998, 437, m.nt. JHvdV, AB Klassiek 2009, 32, m.nt. F.C.M.A. Michiels (Bosque Teca Verde).

57 ABRvS 7 februari 1997, AB 1997, 154, m.nt. PvB.

58 ABRvS 29 november 1996, AB 1997, 66, m.nt. PvB (Alpha) en bijv. nog vrij recent: ABRvS 30 maart 2011, AB 2011, 235, m.nt. C.M. Bitter.

tournures zouden juist op dit vlak niet nodig moeten zijn. Juist bij een bestuursrechtelijk gezien uiterst fundamenteel punt als vermeende onbevoegdheid zou het idealiter toch zo moeten zijn dat de rechtzoekende relatief gemakkelijk bij de bestuursrechter terecht kan, waarna deze inhoudelijk onderzoekt of de bevoegdheid tot het bestuurlijk handelen wel of niet ontbreekt. Het element rechtshandeling blokkeert dat.<sup>59</sup>

Volledigheidshalve moet nog het aspect van de *externe werking* worden genoemd, dat immers eveneens reeds door Van der Pot werd geïdentificeerd.<sup>60</sup> Dat vereiste is in beginsel blijven gelden en veroorzaakt geen noemenswaardig grote problemen (meer). Het is thans geïncorporeerd in het element ‘rechtshandeling’.<sup>61</sup>

#### *Een amendement en het advies van Wiarda*

De uitbreidingen die de wetgever en de rechter op het besluitbegrip hebben aangebracht voor de rechtsbescherming vallen op zichzelf goed te begrijpen, maar de vraag rijst bij zoveel uitzonderingen wat de betekenis is van de rechtshandelingeneis. Is het element ‘rechtshandeling’ – in het bijzonder het aspect van het op rechtsgevolg gericht zijn – wel functioneel? En is het uit dit oogpunt achteraf verstandig geweest om een begrip te gebruiken uit de privaatrechtelijke doctrine? Om hier antwoord op te kunnen geven is het nodig nader stil te staan bij de invoering van het begrip ‘rechtshandeling’ in de voorlopers van het besluitbegrip. Het woord ‘rechtshandeling’ kwam met het oog op de bestuursrechtelijke rechtsbescherming voor het eerst voor in de Wet Arob. Bij de totstandkoming van de Wet Arob werd een amendement ingediend dat onder andere voorstelde niet de term ‘rechtshandeling’ in de definitie van het begrip beschikking op te nemen, maar in plaats daarvan te spreken over de ‘bestuursbeslissing, waardoor enig rechtsgevolg ontstaat’ [curs. FvO/PH].<sup>62</sup> De regering was niet gelukkig met dit amendement en vroeg daarom advies aan G.J. Wiarda, destijds president van de Hoge Raad en voorzitter van de commissie waarvan de voorstellen hadden geleid tot onder andere het ontwerp van de Wet Arob. Hij adviseerde te spreken van een handeling ‘die op enig rechtsgevolg is gericht’. De reden om handelingen die wel rechtsgevolgen *hebben of doen ontstaan* maar daarop niet zijn gericht, buiten het beschikkingsbegrip te houden, was destijds

---

59 Van Ommeren & Van der Veen 1999, p. 33 en Schlössels & Zijlstra 2010, p. 244. Een en ander hangt overigens nauw samen met de uitspraakbevoegdheden waarover de bestuursrechter beschikt. In de aangehaalde literatuur is met name naar aanleiding van de rechtspraak over onbevoegde besluiten betoogd dat het een gemis is dat bestuursrechter niet de bevoegdheid heeft een declaratoire uitspraak te doen, inhoudende dat het onbevoegd genomen besluit nietig is (en om die reden niet vatbaar is voor vernietiging), die tevens inhoudt een gegrondverklaring van het beroep zonder meer.

60 Van der Pot 1932, p. 204 had overigens zichtbaar wat moeite met de reikwijdte van de organisatie of instelling, maar dat is tegenwoordig veel minder een punt: door de scherpere afbakening van het begrip bestuursorgaan is ook duidelijker wanneer een bestuurshandeling naar buiten werkt.

61 Bijv. ABRvS 26 oktober 2005, LJN AU5002. Rb. 's-Hertogenbosch 7 december 2012, LJN BY5496: wanneer het college van burgemeester en wethouders op grond van de Gemeentewet een geheimhoudingsplicht op een stuk legt, heeft die handeling externe werking – en is derhalve een rechtshandeling en dus een Awb-besluit – aangezien zij onder anderen ook de leden van de gemeenteraad bindt.

62 Rapport Algemene bepalingen van administratief recht (Abar) (5<sup>e</sup> druk), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1984, p. 59.

dat men onrechtmatige daden en wanprestatie en dergelijke wilde uitsluiten.<sup>63</sup> Een onrechtmatige daad brengt immers wel rechtsgevolg teweeg maar is daarop niet gericht. Dat rechtshandelingen naar burgerlijk recht al van de definitie van de beschikking waren uitgezonderd, zou daarvoor niet baten, want onrechtmatige daden en wanprestaties zijn immers wel ‘rechtsfeiten’, maar geen ‘rechtshandelingen’.<sup>64</sup> Om die reden werd het begrip rechtshandeling in zijn privaatrechtelijke betekenis in het bestuursrecht geïncorporeerd. In de memorie van toelichting op de Awb wordt nog steeds uitdrukkelijk bij het advies van Wiarda aangesloten. Bovendien, zo vervolgt deze toelichting, wordt aldus een betere aansluiting bij de begripsvorming in het nieuwe Burgerlijk Wetboek bereikt.<sup>65</sup> Het streven is dus nog steeds expliciet zo dicht mogelijk bij de civiele rechtsleer te blijven.

Een punt dat daarbij naar onze mening minder goed doordacht is, is dat het begrip ‘rechtshandeling’ in het civiele recht niet de functie heeft om de toegang tot de rechter te beperken, terwijl het dat in het bestuursrecht wel heeft. Er is niets mis mee dat artikel 1:3 Awb bepaalt dat een besluit een rechtshandeling is. Het probleem zit in artikel 8:1 e.v. Awb dat de toegang tot de bestuursrechter vrijwel uitsluitend tot bepaalde besluiten beperkt. Wanneer we bezien of de competentie van de bestuursrechter eventueel kan worden uitgebreid, dan is, op de keper beschouwd, de dogmatiek van het besluitbegrip geen goede reden om de competentie tot de rechtshandelingen te beperken. Een goede dogmatiek moet richting geven en ondersteunen. Als zij geen voldoende verklaringen meer geeft en als er te vaak een uitzondering op moet worden gemaakt in het licht van de functies die ze beoogt te vervullen dan dient ze te worden herzien. De rechtshandelingenleer schiet vanuit dit oogpunt tekort.

#### 2.3.4 Verborgene element ‘eenzijdig’

Ten slotte is het van belang om aandacht te besteden aan een eigenschap van het besluitbegrip dat niet uitdrukkelijk door de Awb wordt genoemd, maar dat wel nog steeds geldt: besluiten zijn eenzijdige bestuurshandelingen. Zoals gezegd, valt het eenzijdige karakter af te leiden uit de wetsgeschiedenis van de Awb met inbegrip van die van haar voorlopers. Het eenzijdige karakter volgt ook uit de thans gangbare systematiek van het bestuursrecht.<sup>66</sup>

Overigens is in de literatuur wel verdedigd dat het besluitbegrip ook meerzijdige rechtshandelingen zou kunnen inhouden.<sup>67</sup> De eerste tranche van de Awb droeg daaraan bij door voor bestuursovereenkomsten een titel in een hoofdstuk over besluiten te reserveren. Die titel is later voor een regeling over bepaald eenzijdig bestuurshandelen gebruikt (te weten voor subsidies). Maar toen was het leed

---

63 Rapport Algemene bepalingen van administratief recht (Abar) 1984, p. 59.

64 Zie het Rapport Algemene bepalingen van administratief recht (Abar), 1984, p. 59 en Michiels 1987, p. 62.

65 PG Awb I, p. 154.

66 M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht* (2<sup>e</sup> druk), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 197.

67 Michiels 1987, p. 71 wijst erop dat na de inwerkingtreding van de Wet Arob er in de literatuur al soms van werd uitgegaan dat een beschikking ook een niet-eenzijdig besluit zou kunnen zijn.

al geschied: het is goed voorstelbaar dat die ongelukkige rubricering destijds een enkeling op het verkeerde been heeft gezet.

Ten aanzien van dit element is de rechtspraak tot op heden steeds dicht bij de dogmatiek gebleven. Overeenkomsten – ook als zij betrekking hebben op de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid – worden voor de toegang tot de bestuursrechter niet als besluit in de zin van de Awb aangemerkt.<sup>68</sup>

## 2.4 Slot

Het beeld dat zich opdringt is dat van een beschikkingsbegrip dat is ontworpen voor een heel andere functie dan waarvoor het nu voor een belangrijk deel wordt gebruikt. De beschikking zag het licht uit een oogpunt van categorisering en, zo men wil, uniformering en harmonisatie van een aantal soortgelijke bestuurshandelingen. In een tijd dat er nog geen algemene bestuursrechtspraak was, was het beschikkingsbegrip vooral van belang om de vereisten voor rechtsgeldigheid in beeld te brengen en om de formele en materiële rechtskracht te kunnen bepalen. Dat is heel iets anders dan te functioneren als toegangspoort tot de bestuursrechter. Ook de latere voorstellen tot uitbreiding van dit begrip die wél gericht waren op het bewerkstelligen van verhoogde rechtsbescherming, zelfs een amendement bij de totstandkoming van de Wet Arob, haalden het niet.

De uitgangspunten van de dogmatiek en de wens om adequate bestuursrechtelijke rechtsbescherming te bieden lopen derhalve bepaald niet met elkaar gelijk op. Beschouwing van de ratio van de dogmatische eisen – die in het bijzonder zijn gebaseerd op het legaliteitsbeginsel en de rechtshandelingenleer – laat zien dat dit geen noodzakelijke criteria zijn om de toegang tot de bestuursrechter te beperken. Alvorens de rechtsbetrekking als bestuursrechtelijk object te beproeven, is het nuttig om nader stil te staan bij de grenzen van het besluitbegrip en de problemen die zich rondom dit begrip voordoen, zodat daarmee bij de precieze formulering en afbakening van dit nieuwe criterium rekening kan worden gehouden.

---

68 Een bevoegdhedenovereenkomst zelf wordt aangemerkt als een privaatrechtelijke rechtshandeling in de (bestuursrechtelijke) jurisprudentie. Deze contracten kunnen via de band van het vertrouwensbeginsel bij de toetsing van het uitvoeringsbesluit een rol spelen. Zie ABRvS 8 september 2004, AB 2004, 458, m.nt. C.N.J. Kortmann (Tracébesluit HSL-Zuid V). Vgl. ABRvS 24 november 2010, Gst. 7350 (2011), 26, m.nt. A.A.J. de Gier. Zie hierover nader P.J. Huisman, 'De bevoegdhedenovereenkomst: hoe het niet nakomen van een inspanningsverplichting tot een schadevergoedingsverplichting kan leiden', JBplus 2013, par. 4.

### 3. Het besluitbegrip nader beschouwd: grenzen en problemen

#### 3.1 De verovering van het omringende bestuursrecht

Het besluitbegrip is gegroeid en uitgedijd. Dit komt doordat de wetgever en de rechter steeds meer bestuurshandelingen als besluit hebben aangemerkt, die dat van oudsher niet waren. Het besluitbegrip heeft het omringende bestuursrecht voor een belangrijk deel veroverd. Vanuit het legaliteitsbeginsel bezien gaat het in het omringende bestuursrecht vaak om oorspronkelijk geïmpliceerde bevoegdheden – die later een uitdrukkelijke voorziening kregen –, en om traditioneel privaatrechtelijke bevoegdheden die omgezet zijn in publiekrechtelijke bevoegdheden.<sup>69</sup>

Van oudsher geïmpliceerde bevoegdheden tot het verrichten van feitelijke handelingen zijn in dat kader aangemerkt als besluiten. Zo werd de bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang vroeger geïmpliceerd geacht in de oorspronkelijke bestuursbevoegdheid.<sup>70</sup> Doordat de toepassing van bestuursdwang werd gezien als onderdeel van de uitvoeringstaak van het bestuursorgaan, werd een aparte specifieke wettelijke grondslag die het bestuursorgaan bevoegd maakte niet noodzakelijk geacht. Door de wetgever is hier een einde aan gemaakt door invoering van artikel 5:22 Awb (oud). Op grond van dit artikel bestond de bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang slechts indien zij bij of krachtens de wet is toegerekend. Inmiddels vervult artikel 5:4 Awb deze functie. Een ander voorbeeld biedt het verrichten van bestuurlijke betalingshandelingen. Deze handelingen zijn eigenlijk aan te merken als feitelijke uitvoeringshandelingen en de bevoegdheid om deze te verrichten vloeit voort uit de betalingsbeschikking. Met de regeling in titel 4.4 Awb van bestuurlijke geldschulden is het geïmpliceerde karakter van deze handelingen verdwenen. In deze Awb-titel zijn tevens van oudsher geïmpliceerde bevoegdheden om rechtshandelingen te verrichten, uitdrukkelijk als besluiten gekwalificeerd. Daarnaast zijn door de jaren heen een aantal privaatrechtelijke bevoegdheden van de overheid getransformeerd tot publiekrechtelijke bevoegdheden. In het bijzonder

---

<sup>69</sup> Zie ter zake uitvoerig: Van Ommeren 2002, p. 128 e.v.

<sup>70</sup> F.C.M.A. Michiels, 'Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling', in: J.T.K. Bos e.a., *Handhaving van het bestuursrecht* (VAR-pleidvies 114), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1995, p. 55 en 105.



valt te denken aan de bevoegdheid tot toekenning van schadevergoeding en terugvordering.<sup>71</sup> Ook op dit punt heeft de wetgever (recentelijk) voorzieningen getroffen in de Awb.<sup>72</sup>

Dat de grenzen zijn verlegd door de wetgever en door de rechter wil niet zeggen dat deze grenzen ideaal zijn. De vraag rijst in hoeverre deze koers moet worden voortgezet. Er zijn, omwille van het bieden van rechtsbescherming, allerlei (rechts)figuren als besluit aangemerkt zonder dat zij strikt genomen als zodanig moeten worden gekwalificeerd. Het hanteren van dit begrip als toegangspoort tot de bestuursrechter heeft daarnaast onwenselijke nevengevolgen: van lacunes in de rechtsbescherming tot het kwalificeren van elke schakel in een beslissingstraject als besluit om maar geen rechtsbeschermingsmogelijkheid bij voorbaat dicht te gooien. Los van de kwalificatievraag begrenst de focus op het besluit ook de mogelijkheden van de bestuursrechter om door te dringen tot de kern van het geschil en dat effectief en definitief af te doen. Het model waarin alleen het besluit fungeert als afbakening voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming is niet meer geheel adequaat. Hierna zullen wij dieper ingaan op onze belangrijkste bezwaren met betrekking tot het 'besluitmodel'.

### 3.2 Besluitmodel biedt te weinig bestuursrechtelijke rechtsbescherming

#### 3.2.1 Inleiding

Een kernprobleem van het huidige besluitbegrip als ingang tot de bestuursrechtelijke rechtsbescherming is dat de reikwijdte hiervan soms te beperkt is. Het besluitbegrip dekt niet al het bestuurshandelen, en daardoor staat ook niet tegen al dit handelen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open.<sup>73</sup> Zo zijn er niet-appelleerbare bestuurshandelingen die wél op de een of andere manier gerelateerd zijn aan een Awb-besluit, maar waartegen geen beroep bij de bestuursrechter openstaat. Het kan dan om eenzijdig, maar ook om meerzijdig bestuurshandelen gaan. Op beide

---

71 Zie onder meer ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229, m.nt. PvB, AB Klassiek 2009, 30, m.nt. P.J.J. van Buuren (Van Vlodrop) voor wat betreft schadevergoeding. Zie ABRvS 21 oktober 1996, AB 1996, 496, m.nt. N. Verheij voor terugvordering op grond van onverschuldigde betaling en ABRvS 26 augustus 1997, AB 1997, 461, m.nt. N. Verheij voor terugvordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

72 Zo is art. 4:57, eerste lid, ingevoerd met de vierde tranche Awb, om naar aanleiding van de rechtspraak over het zelfstandig terugvorderingsbesluit buiten twijfel te stellen dat er hier sprake is van een Awb-besluit en niet (meer) van een rechtshandeling naar burgerlijk recht. Zie memorie van toelichting vierde tranche Awb, Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 28. Ten aanzien van schadevergoeding is een wet tot aanpassing van de Awb aangenomen, de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten. Zie Stb. 2013, 50.

73 Bovendien zijn op die bestuurshandeling de bepalingen van hoofdstuk 3 en 4 Awb niet zonder meer van toepassing. Ingevolge art. 3:1 lid 2 Awb kunnen evenwel bepaalde bepalingen van overeenkomstige toepassing zijn, bovendien zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, als ongeschreven recht, erop van toepassing, waaraan, althans in theorie, de burgerlijke rechter kan toetsen. Dit wordt verder uitgediept in hoofdstuk 6.



categorieën wordt hierna ingegaan. Daarbij komt aan de orde hoe problematisch het nu werkelijk is dat deze handelingen niet appellabel zijn bij de bestuursrechter.

### 3.2.2 Eenzijdig bestuurshandelen

#### Vorbereidingshandelingen

Bij de bestuurshandelingen die wel iets met een besluit te maken hebben, maar zelf niet als zodanig zijn aan te merken, valt in het bijzonder te denken aan feitelijke voorbereidingshandelingen. Dat vooruitlopende feitelijke handelingen uitgesloten zijn van toetsing door de bestuursrechter is naar ons oordeel niet wenselijk.<sup>74</sup> Dit kan geïllustreerd worden aan de hand van de casus van Bosque Teca Verde.<sup>75</sup> De Costaricaanse rechtspersoon Bosque Teca Verde biedt het publiek de mogelijkheid om rechten te verwerven op de opbrengst van teakbomen die op plantages, op een voor iedere participant geïdentificeerde oppervlakte, in Costa Rica zijn geplant. De Nederlandse Stichting Bosque Teca Verde benadert deze participanten met het voorstel deel te nemen aan een risico- en opbrengstdeling die is beschreven in de toepasselijke prospectus. Zij treden in de ogen van de toenmalige toezichthouder, De Nederlandse Bank N.V. (hierna: DNB),<sup>76</sup> op als aanbieder van de mogelijkheid tot collectieve belegging. De casus kent twee (feitelijke) toezichtshandelingen. In de eerste plaats deelt DNB mede dat deze rechtspersonen vergunningplichtig zijn op grond van de Wet toezicht beleggingsinstellingen (hierna: Wtb),<sup>77</sup> aangezien zij voor deze activiteiten zijn aan te merken als beleggingsinstellingen. Dit mist het karakter van een rechtshandeling en is derhalve geen besluit in de zin van artikel 1:3 Awb.<sup>78</sup> In de tweede plaats verzoekt DNB als toezichthouder om informatie. Om de effectiviteit van het toezicht te verzekeren is in artikel 19 Wtb voorzien in een verplichting de door de toezichthouder gevraagde medewerking te verlenen. Bosque Teca Verde stelt zich op het standpunt dat het onvoorwaardelijk of voorwaardelijk aanbieden van de mogelijkheden tot risico- en opbrengstdeling hen niet maakt tot beleggingsinstellingen in de zin van artikel 1 Wtb en zij derhalve ook niet tot medewerking verplicht is. Het CBB is van oordeel dat het vorderen van inlichtingen geen besluit inhoudt, aangezien de verplichting tot medewerking geldt krachtens de wet en niet krachtens enig bestuursbesluit.<sup>79</sup> De inhoudelijke kant van de zaak blijft daardoor aan de bestuursrechter onttrokken; die komt bij de burgerlijke rechter

---

74 Zie ook A.B. Blomberg, *Integrale handhaving van milieurecht* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 439-442.

75 CBB 21 juli 1998, AB 1998, 437, m.nt. JHvdV, AB Klassiek 2009, 32, m.nt. F.C.M.A. Michiels (Bosque Teca Verde).

76 Dat is nu de Stichting Autoriteit Financiële Markten.

77 Dat is thans de Wet op het financieel toezicht.

78 CBB 29 augustus 1995, AB 1995, 525, m.nt. JHvdV.

79 Het CBB laat overigens in bijzondere gevallen wel ruimte voor een uitzondering: 'Dit kan zich evenwel slechts voordoen in gevallen waarin niet kan worden geoordeeld dat het rechtsoordeel vooruitloopt op ten aanzien van de aangezochte (rechts)persoon te verwachten of door hem uit te lokken besluiten tot toepassing van de wettelijke regeling, waartegen in rechte kan worden opgekomen zonder dat sprake is van een voor de betrokken rechtspersoon onevenredig belastende weg.' In de casus Bosque Teca Verde was hiervan geen sprake. Zie CBB 21 juli 1998, AB 1998, 437, m.nt. JHvdV, AB Klassiek 2009, 32, m.nt. F.C.M.A. Michiels (Bosque Teca Verde).

terecht. Toch zijn het oordeel over de vergunningplichtigheid en het oordeel over het wel of niet naleven van een wettelijke verplichting om informatie over te leveren aan een toezichthouder, bij uitstek bestuursrechtelijke kwesties. Zij hangen zozeer samen met de uitoefening van bestuursbevoegdheden, dat het niet aantrekkelijk is dit onderwerp aan een andere rechter over te laten. Hier wordt een rechtsbetrekking op een weinig adequate manier in stukjes geknipt: de bestuurshandelingen die aan de uitoefening van de bestuursbevoegdheid voorafgaan, komen onder de burgerlijke rechter terecht, ofschoon zij nauw verband houden met de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden.

Ook valt te wijzen op rechtsfiguren die zich in het schemergebied bevinden van rechtshandeling en feitelijke handeling, zoals de eenzijdige overheidstoezegging. Zegt een bestuursorgaan toe een bepaald besluit te nemen dan kan men daarin een feitelijk handelen zien. Het is ook mogelijk, door wat meer het accent te leggen op de gerichte wilsuiting, om hier een rechtshandeling in te zien.<sup>80</sup> Via de band van het vertrouwensbeginsel kunnen deze toezeggingen meegenomen worden in de beoordeling van een besluit bij de bestuursrechter. De toezegging zelf staat, doordat het geen besluit is, niet direct ter beoordeling van deze rechter. Geschillen met betrekking tot de toezegging zelf (bijvoorbeeld schadevergoedingskwesties) kunnen aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd.<sup>81</sup> Onwenselijke gevolg hiervan is dat niet de hele met elkaar samenhangende rechtsverhouding aan één rechter voorgelegd kan worden.

#### *Uitvoeringshandelingen*

Nadat een besluit is genomen moet daar soms uitvoering aan gegeven worden door feitelijk handelen. Doordat het om feitelijk handelen gaat, ligt de rechtsmacht voor geschillen hierover bij de burgerlijke rechter. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij de tenuitvoerlegging van bestuursdwang. Stel dat iemand zonder omgevingsvergunning heeft gebouwd. De beslissing van het college van burgemeester en wethouders tot oplegging van een last onder bestuursdwang is een besluit. Wanneer de betrokkene dit besluit negeert, kan het college ter uitvoering daarvan in actie komen; hetgeen betekent dat het college ervoor zorgt dat het gebouw zal worden afgebroken. Ontstaat door de tenuitvoerlegging schade, dan zal een geschil over de proportionaliteit en redelijkheid van de feitelijke toepassing van de bestuursdwang alleen aan de burgerlijke rechter voorgelegd kunnen worden. Deze geschillen kunnen – ook al is er een sterke connectie met een besluit – niet aan de bestuursrechter worden voorgelegd.<sup>82</sup> Het onwenselijke gevolg daarvan is ook hier dat een rechtsverhouding wordt verdeeld over twee rechters.

---

80 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 215. Zie uitvoerig over de overheidstoezegging J.M.M. Menu, *De toezegging in het privaatrecht. Een intern rechtsvergelijkende analyse met de toezegging in het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1994.

81 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 215.

82 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom* (master-monografieën staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2011, p. 143.

### 3.2.3 Publiekrechtelijke overeenkomsten

De hiervoor besproken voorbereidingshandelingen en uitvoeringshandelingen zijn eenzijdig van aard, maar in de praktijk pleegt het bestuur ook overeenkomsten te sluiten; ook dit gebeurt zowel ter voorbereiding als met het oog op de uitvoering van het besluit. Dit brengt twee soorten van niet-appellabele bestuurshandelingen in het vizier, namelijk bevoegdhedenovereenkomsten en uitvoeringsovereenkomsten. Beide soorten overeenkomsten hebben betrekking op de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid en zijn in die zin publiekrechtelijk van aard.<sup>83</sup> De bevoegdheid een bevoegdhedenovereenkomst of een uitvoeringsovereenkomst te sluiten is aan de zijde van het bestuursorgaan geïmpliceerd in de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid waarop de overeenkomst betrekking heeft. Er is dan ook geen separate titel voor nodig, anders dan de publiekrechtelijke bevoegdheid zelf: de bevoegdheid om de overeenkomst te sluiten vloeit voort uit de aan het bestuursorgaan toegekende bestuursbevoegdheid. Voorwaarde is wel dat de publiekrechtelijke bevoegdheid er voldoende discretionaire ruimte voor laat.

Het is niet ongebruikelijk overheidsovereenkomsten waarin zowel over het gebruik van publiekrechtelijke bevoegdheden als privaatrechtelijke bevoegdheden of middelen wordt gecontracteerd, aan te duiden als gemengde overeenkomsten.<sup>84</sup> Wij richten ons hier louter op de publiekrechtelijke overeenkomsten. Voor zover de gemengde overeenkomsten bedingen met een publiekrechtelijk object bevatten, geldt hetgeen wij zeggen eveneens voor die bedingen.

#### *Overeenkomsten ter voorbereiding op een besluit*

De overeenkomsten die ter voorbereiding op de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid worden gesloten, zijn aan te merken als bevoegdhedenovereenkomsten. Hoewel uitvoeringsovereenkomsten in de literatuur daarmee soms op één hoop worden gegooid, zouden wij ze daarvan toch willen onderscheiden. Een bevoegdhedenovereenkomst gaat, in tegenstelling tot een uitvoeringsovereenkomst, vooraf aan de daadwerkelijke uitoefening van de bevoegdheid waarop zij betrekking heeft. Deze overeenkomsten hebben een *anticiperend* karakter.<sup>85</sup> Het bestuursorgaan geeft door het sluiten van een bevoegdhedenovereenkomst inzicht in de manier waarop het de hem toegekende bevoegdheid zal gaan gebruiken en

---

83 De literatuur is verdeeld. Het ligt eraan wat als beslissende maatstaf wordt gekozen. Wie de aard van de bevoegdheid doorslaggevend acht, noemt dit soort overeenkomsten publiekrechtelijk (dat is de meest gangbare kwalificatie in de bestuursrechtelijke literatuur). Wie de bevoegde rechter als maatstaf neemt, duidt ook dit soort overeenkomsten als privaatrechtelijk aan. Zie voorts par. 6.1.

84 Bijv. Scheltema & Scheltema 2008, p. 199.

85 Wij hebben dit ook wel het *anterieure* karakter van de bevoegdhedenovereenkomst genoemd. Zie F.J. van Ommeren, 'De bevoegdhedenovereenkomst in de Awb en de verhouding met het BW', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 720 en P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst. De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 44 (hierna: Huisman 2012a). Deze term kan evenwel tot verwarring aanleiding geven in verband met grondexploitatieovereenkomsten, alwaar de termen 'anterieur' en 'posterieur' in iets andere zin worden gebezigd.

het verbindt zich in beginsel conform het bepaalde te gaan gedragen. De geschillen rondom bevoegdhedenovereenkomsten zijn nu verdeeld over de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. De uitvoering van een bevoegdhedenovereenkomst bestaat doorgaans uit het nemen van een besluit overeenkomstig de gemaakte afspraken. Besluiten ter uitvoering van een bevoegdhedenovereenkomst dienen in beginsel (na bezwaar) aan de bestuursrechter te worden voorgelegd.<sup>86</sup> Geschillen rondom de overeenkomst zelf – geschillen over geldigheid en schadevergoeding op grond van wanprestatie – kunnen niet aan deze rechter worden voorgelegd, maar dienen aan de burgerlijke rechter voorgelegd te worden.<sup>87</sup> De overeenkomst zelf is namelijk niet-appellabel bij de bestuursrechter, aangezien hij niet als een besluit wordt aangemerkt: in de jurisprudentie wordt ervan uitgegaan dat deze overeenkomsten privaatrechtelijk<sup>88</sup> van aard zijn en daar komt bij dat meerzijdige rechtshandelingen niet onder het besluitbegrip vallen. Consequentie hiervan is dat de rechtsbescherming bij de meeste bevoegdhedenovereenkomsten is versnipperd over de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. Dit is onwenselijk.<sup>89</sup> De bevoegdhedenovereenkomst heeft immers direct betrekking op de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid en geschillen rondom deze overeenkomsten houden verband met het te nemen besluit. Dat er sprake is van een meerzijdige rechtshandeling hoeft wat ons betreft geen belemmering te zijn voor de toegang tot de bestuursrechter. Het zou logischer zijn als al deze geschillen aan één en dezelfde rechter voorgelegd zouden kunnen worden. Wanneer de bevoegdhedenovereenkomst betrekking heeft op een appellabel besluit, is het naar onze mening wenselijk om de gehele rechtsverhouding (inclusief alle geschillen rondom een bevoegdhedenovereenkomst) onder de competentie van de bestuursrechter te brengen.<sup>90</sup>

#### *Overeenkomsten ter uitvoering van een besluit*

Ook de uitvoering kan in een overeenkomst zijn vastgelegd. Uitvoeringsovereenkomsten hebben een *accessoir karakter*.<sup>91</sup> Uitvoeringsovereenkomsten gaan niet aan de publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening vooraf, maar zijn pas aan de orde na het gebruik van de publiekrechtelijke bevoegdheid waarop zij betrekking hebben.

86 Bestaat de uitvoering van de overeenkomst uit het nemen van een niet bij de bestuursrechter appeleerbare handeling (bijv. een besluit dat is uitgezonderd van beroep bij de bestuursrechter, zie art. 8:3 e.v.) dan staat tegen dit uitvoeringshandelen wel beroep bij de burgerlijke rechter open.

87 HR 8 juli 2011, AB 2011, 298, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (ETAM/Zoetermeer).

88 Zowel de burgerlijke rechter als de bestuursrechter gaan ervan uit dat de bevoegdhedenovereenkomst een privaatrechtelijke rechtshandeling is. Voorbeelden uit de civielrechtelijke jurisprudentie: HR 3 april 1998, AB 1998, 241, m.nt. ThGD (Alkemade/Hornkamp) en HR 2 mei 2003, AB 2003, 354, m.nt. E.W.J. de Groot & G.A. van der Veen (Nunspeet/Mulder). Dit is niet anders na HR 8 juli 2011, AB 2011, 298 m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (Etam/Zoetermeer). Weliswaar overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.6.2 dat het om een overeenkomst gaat met een gemengd publiekrechtelijk en privaatrechtelijk karakter, maar uit hierop volgende overwegingen volgt dat de overeenkomst zelf civielrechtelijk van aard is en de uitvoering daarvan publiekrechtelijk van aard is. Voorbeelden uit de bestuursrechtelijke jurisprudentie: ABRvS 8 september 2004, AB 2004, 458, m.nt. C.N.J. Kortmann (Tracébesluit HSL-Zuid V) en ABRvS 24 november 2010, Gst. 7350 (2011), 26, m.nt. A.A.J. de Gier.

89 P.J. Huisman, 'Bevoegdhedenovereenkomsten en rechtsbescherming', O&A 2011, p. 21-22.

90 Vgl. G.T.J.M. Jurgens, 'Bevoegdhedenovereenkomst en de juiste rechter', NTB 2011, p. 295-297.

91 Wij hebben ze ook wel posterieur genoemd. Daarmee bedoelen we niet iets anders.

Ook hier kan de rechtsbescherming versnipperd zijn. In dit verband valt te wijzen op de uitvoeringsovereenkomsten in het subsidierecht. De beslissing tot subsidieverlening, inclusief de daarin opgenomen voorwaarde dat een overeenkomst moet worden gesloten, ligt ter beoordeling voor aan de bestuursrechter; dit betreft immers een besluit. Geschillen rondom de uitvoeringsovereenkomst zelf moeten ter beoordeling worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter.<sup>92</sup> In de literatuur wordt er echter op gewezen dat de bestuursrechter er soms niet aan ontkomt om een uitvoeringsovereenkomst te betrekken bij de beoordeling van een vaststellingsbesluit.<sup>93</sup> Dezelfde soort problemen spelen bij andere uitvoeringsovereenkomsten, zoals de afvalinzamelingsuitvoeringsovereenkomst.<sup>94</sup> Doordat dit type overeenkomst niet is te kwalificeren als besluit vallen zij buiten de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Gezien het verband tussen besluit en uitvoeringsovereenkomst – de overeenkomst dient ter uitvoering daarvan – is het wenselijk dit type contracten ook onder de bestuursrechter te laten vallen. Het is ook hier een gemis dat de bestuursrechter niet over de hele rechtsverhouding tussen overheid en burger kan oordelen, en dat een deel van de beoordeling bij de civiele rechter ligt.<sup>95</sup>

### 3.3 Besluitmodel dwingt tot het opknippen van de rechtsbetrekking in te veel besluiten

#### 3.3.1 Ketenbesluitvorming

Een ander probleem met het besluitbegrip als afgrenzing voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming is dat het ertoe dwingt een bestuursrechtelijke rechtsverhouding op te knippen in losse onderdelen waartegen geprocedeerd kan worden. Wordt een bepaald moment in de rechtsverhouding niet aangemerkt als een besluit, dan staat er immers geen rechtsbescherming tegen open. Deze benadering werkt in bepaalde situaties hele ketens van besluiten in de hand met alle problemen van dien. De ‘overkill’ aan rechtsbeschermingsmomenten staat een integrale en efficiënte benadering van het geschil in de weg. Daar komt bij dat de burger gedwongen wordt om alert te zijn op de verschillende bezwaar- en beroepsmomenten – en deze als zodanig te herkennen – om te voorkomen dat deze worden gemist.<sup>96</sup> Dat dit niet wenselijk is heeft de wetgever onder ogen gezien, maar voor zover er maatregelen worden getroffen gebeurt dat binnen het besluitmodel door middel van concentratiebepalingen. Ketenbesluitvorming komt onder meer voor bij subsidies, geldschulden, handhaving en schaarse vergunningen.

---

92 Zie CBB 18 januari 2007, AB 2007, 66, m.nt. I. Sewandono.

93 W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, *Subsidierecht* (mastermonografieën staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2011, p. 165 onder verwijzing naar CBB 24 februari 2005, AB 2005, 165, m.nt. JHvdV.

94 F.J. van Ommen & J. Vermont, ‘Uit-, aan- en inbesteden in publiek- en privaatrecht. De uitbesteding van het recht om huishoudelijk afval in te zamelen’, *Gst.* 2007 (7266), nr. 7, p. 32-33.

95 M.J. Jacobs, *Subsidieovereenkomsten: een onderzoek naar de rechtsvormen van subsidies, in het bijzonder overeenkomsten* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Elsevier 1999, p. 241.

96 Schlössels 2003, p. 31. Vgl. VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 20.

Op deze terreinen spelen de hiervoor geschetste problemen in meer of mindere mate. Ter voorkoming van misverstanden: de portee van ons betoog is niet om te bepleiten hierin nu op stel en sprong verandering te brengen door de Awb weer te gaan herzien. Het tegenargument dat met wijziging van zeer jonge wetgeving zeer terughoudend moet worden omgegaan, omdat zulks te veel onzekerheden creëert en de praktijk het wel moet kunnen bijhouden, weegt zwaar. Bovendien zou dat een onevenredig grote inspanning van de wetgever vergen.<sup>97</sup> Het gaat ons er veeleer om te laten zien dat nu de grens wel is bereikt, en dat het niet wenselijk is in de toekomst het besluitbegrip als een bestuursrechtelijke vanzelfsprekendheid in wetgeving te blijven doorvoeren.

### 3.3.2 Subsidies

Vrij lange ketens van besluitvorming komen voor bij de verstrekking van subsidies. Bij het op zichzelf niet al te ingewikkelde geval dat er te veel subsidie is verstrekt en het bestuursorgaan het teveel betaalde weer terug wenst te vorderen van een weigerachtige subsidieontvanger ziet de keten er als volgt uit: (1) de beschikking tot subsidieverlening (art. 4:29), (2) de beschikking tot subsidievaststelling (art. 4:42), (3) de beschikking tot terugvordering (art. 4:57 lid 1) en de (4) beschikking tot invordering bij dwangbevel (art. 4:57 lid 2). Deze viertrapsraket is nog relatief kort en kan gemakkelijk worden uitgebreid met de eventuele tussenstappen van de beschikking tot intrekking of wijziging van respectievelijk: de subsidieverlening met terugwerkende kracht (art. 4:48), de subsidievaststelling (art. 4:49), de subsidieverlening voor de toekomst (art. 4:51) of bijvoorbeeld de beschikking tot schriftelijke kennisgeving dat (gedeeltelijke) intrekking wordt overwogen (art. 4:56). En ook dit is afhankelijk van de omstandigheden, bij lange na nog niet volledig. Zo is dit overzichtje niet begonnen met de vaststelling van het subsidieplafond (art. 4:25 Awb), dat eveneens een appellabel besluit is. En dan zijn meer specifieke, maar wel belangrijke, beschikkingen als de aankondiging dat een subsidie voor een volgend tijdvak geheel of gedeeltelijk zal worden geweigerd (art. 4:51),<sup>98</sup> of de nadere omschrijving van de gesubsidieerde activiteiten (art. 4:30, tweede lid) of de nadere uitwerking van de aan de subsidie verbonden verplichtingen (art. 4:40) buiten beschouwing gebleven.<sup>99</sup> Alhoewel ketenbesluitvorming in het subsidierecht als problematisch wordt gezien, is er tot op de dag van vandaag geen oplossing voor opgenomen in de wet. Mogelijk komt dat doordat in de praktijk de overgrote meerderheid van de geschillen gaat over vier soorten subsidiebesluiten, namelijk het weigeringsbesluit,

---

97 Vgl. T.C. Borman, 'Van Warb tot Awb: de invloed van de commissie-Scheltema op de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 23 e.v. over de capaciteit van de wetgever en de afwegingen die dat vergt.

98 De aankondiging is een voorbereidingshandeling, dus volgens de dogmatiek geen besluit, maar de wetgever had met het oog op de vatbaarheid voor bezwaar en beroep niet veel andere keus dan er een besluit van te maken. Vgl. memorie van toelichting derde tranche Awb, *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 81.

99 Zie voor een meer compleet overzicht: Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 198 e.v.



het vaststellingsbesluit, het intrekingsbesluit en de beëindiging van duursubsidies.<sup>100</sup>

### 3.3.3 Bestuursrechtelijke geldschulden

Met de vierde tranche Awb is er in titel 4.4 een regeling in de wet gekomen over bestuursrechtelijke geldschulden. En ook die, dat kon in het kader van het besluitmodel immers niet goed anders, kent zeer veel beschikkingen waardoor er op dit terrein van het bestuursrecht lange besluitvormingsketens denkbaar zijn. Een kort overzicht van de belangrijkste mogelijke beschikkingen: (1) de beschikking tot betaling van een geldsom (art. 4:86), (2) de beschikking tot verrekening (art. 4:93),<sup>101</sup> (3) de beschikking tot uitstel van betaling (art. 4:94), (4) de beschikking tot verlening van een voorschot (art. 4:95), (5) de beschikking tot vaststelling van de wettelijke rente (art. 4:99), (6) de aanmaningsbeschikking (art. 4:112) en (7) de beschikking tot invordering bij dwangbevel (art. 4:115).<sup>102</sup> Ook hier geldt dat het overzicht niet compleet is. Zo kan het bijvoorbeeld nog worden uitgebreid met de intrekking of wijziging van respectievelijk de beschikking tot uitstel van betaling en de beschikking tot verlening van een voorschot (art. 4:96). Voor de terugvordering van te veel betaalde subsidie is het goed mogelijk dat er maar liefst twaalf appellabele beschikkingen worden genomen!<sup>103</sup>

Niet al te lang na het verschijnen van het voorontwerp van de vierde tranche Awb heeft de gelijknamige VAR-werkgroep een andere benadering voorgesteld, namelijk om voor bestuursrechtelijke geldschulden uit te gaan van één hoofdbeschikking – te weten: de beschikking tot betaling – en voor de andere daarmee verband houdende beslissingsmomenten het besluitmodel los te laten.<sup>104</sup> De bestuursrechter die bevoegd is kennis te nemen van de hoofdbeschikking zou dan ook kunnen worden geëdieerd voor deze afgeleide geschillen, en wel door middel van een verzoekschrift waarop hoofdstuk 8 Awb van toepassing is. De wetgever durfde destijds nog niet zo ver te gaan. Maar de regering zag in dat het uit het oogpunt van proceseconomie wel erg veel rechtsbeschermingsmomenten zijn. Zij koos voor een voorziening binnen het besluitmodel en nam een concentratiebepaling op in de Awb. Ingevolge artikel 4:125 heeft het bezwaar of beroep tegen de betalingsbeschikking mede betrekking op een bijkomende beschikking van hetzelfde bestuursorgaan omtrent verrekening, uitstel van betaling, verlening van een voorschot, vaststelling van de rente of gehele of gedeeltelijke kwijtschelding, voor zover de belanghebbende deze

---

<sup>100</sup> Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 202.

<sup>101</sup> Art. 4:93 Awb benoemt de beschikking tot verrekening niet, maar deze is wel uitdrukkelijk te vinden in art. 4:106 Awb dat gaat over de stuiting van de verjaring.

<sup>102</sup> Ingevolge art. 4:115 is voor de dwanginvordering een specifieke wettelijke grondslag vereist. Zoals we in het subsidievoorbeeld hiervoor zagen, biedt art. 4:57 lid 2 Awb een dergelijke grondslag voor de dwanginvordering van (de terugvordering van) onverschuldigd betaalde subsidie. Op dit laatste punt overlapt dit overzicht met het overzicht van de terugvordering van de teveel betaalde subsidie. Zie hierover I. Sluiter, 'De geldschuldenregeling: een warm onthaal door de bestuursrechter!', *JBplus* 2012, p. 353.

<sup>103</sup> VAR-werkgroep Vierde tranche Awb 2000, p. 12 en 29.

<sup>104</sup> VAR-werkgroep Vierde tranche Awb 2000, p. 13 en 29.

beschikking betwist.<sup>105</sup> Dat er een oplossing is binnen het besluitmodel neemt niet weg dat er rond deze betrekkelijk jonge bepaling nog wel wat aanloopvragen rijzen. Uit de rechtspraak blijkt bijvoorbeeld dat niet steeds helder is welke beschikkingen als ‘bijkomende beschikking’ in de zin van dit artikel kunnen worden aangemerkt.<sup>106</sup> Daarnaast zijn er problemen die zien op de rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. Complicaties dienen zich bijvoorbeeld aan wanneer de overheid zich in een tegen haar aangespannen procedure bij de burgerlijke rechter die ziet op de invordering van een geldschuld door de burger op verrekening wil beroepen of wanneer het gaat om de hoogte van de verschuldigde wettelijke rente. De verrekening of de vaststelling van de hoogte van de verschuldigde wettelijke rente dienen ingevolge de geldschuldenregeling bij besluit te worden vastgesteld. Tegen die besluiten dient dan weer een procedure bij de bestuursrechter te worden aangespannen.<sup>107</sup> In de literatuur zijn voorstellen binnen het besluitmodel gedaan om deze problemen te ondervangen. Zo is bijvoorbeeld het (verstrekken) voorstel gedaan om de reikwijdte van de bestuursrechtelijke geldschuldentitel te beperken tot de geldschulden aan de overheid.<sup>108</sup> Naar onze mening zou een rechtsbetrekkingbenadering de problemen beter oplossen. Als de gehele rechtsverhouding aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd, is er geen rol meer voor de burgerlijke rechter weggelegd.

Ofschoon de rechtsbescherming tegen de bestuursrechtelijke geldschulden aldus voor een belangrijk deel bij de bestuursrechter is neergelegd, is dat niet gedaan voor het staartstuk. In de executiefase moet de burgerlijke rechter worden geadieerd. De aanmaningsbeschikking en de uitvaardiging van het dwangbevel zijn niet appellabel (art. 8:4, eerste lid, onderdeel b, Awb). De reden daarvoor is dat in een executieprocedure bestuursrechtelijke vragen die verband houden met de rechtmatigheid van de – doorgaans aanwezige – onderliggende beschikking, in beginsel geen rol meer mogen spelen. In executiegeschillen gaat het vooral om praktische vragen die niet of nauwelijks verschillen van de vragen die zich voordoen bij de executie van privaatrechtelijke geldvorderingen.<sup>109</sup> Deze overweging illustreert goed het onderliggende argument om zaken bij dezelfde rechter onder te brengen en vooral ook tot hoever dit argument strekt: als er géén sprake meer is van bestuursrechtelijke vragen, heeft het ook geen zin meer de bestuursrechter van de geschillen te laten kennisnemen.

---

105 Het voorschrift geldt mede voor hoger beroep (lid 1) en voor een verzoek om een voorlopige voorziening (lid 5).

106 Sluiter 2012, p. 353. Zie over deze concentratiebepaling voorts: M.W. Scheltema, *Bestuursrechtelijke geldschulden* (mastermonografieën staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2010, p. 147 e.v.

107 Zie ter zake uitvoerig C.N.J. Kortmann, ‘Bestuursrechtelijke geldschulden, weer wat overheidsprivaatrecht in de Awb’, *NTB* 2011, p. 55 e.v.

108 Kortmann 2011, p. 59.

109 Memorie van toelichting bij de vierde tranche Awb, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 25. Dit argument gaat niet altijd op. Wanneer een beschikking tot betaling aan de overheid ontbreekt (vgl. art. 4:88), kan de burger in een executiegeschil wél de onderliggende bestuursrechtelijke betalingsverplichting aan de orde stellen.



### 3.3.4 De handhavingsketen

In de handhavingssfeer zijn er eveneens besluitvormingsketens. Ook hier geldt weer dat het binnen het besluitmodel volkomen begrijpelijke voorzieningen zijn, maar dat zich wel steeds meer de vraag opdringt hoever we hiermee moeten gaan en vooral of er niet eenvoudigere en efficiëntere wegen denkbaar zijn. De handhavingsketen voor het tegen een overtreding optreden met bestuursdwang ziet er als volgt uit: (1) de beschikking tot het opleggen van een last onder bestuursdwang, (2) de kostenverhaalbeschikking (art. 5:25, zesde lid) en (3) de eventuele toepassingsbeschikking (art. 5:31a, derde lid).<sup>110</sup> Deze laatste beschikking is de reactie van het bestuursorgaan op het verzoek van de aanvrager of een andere belanghebbende om over te gaan tot de (feitelijke) toepassing van bestuursdwang, wanneer de last niet binnen de daarvoor gestelde termijn door de overtreder is uitgevoerd. Ook dit overzichtje is niet compleet, en kan eenvoudig worden aangevuld. Zo kan er sprake zijn van het besluit tot het opleggen van een herhaalde last onder bestuursdwang met een nieuwe termijn.<sup>111</sup> Voor het opleggen van een last onder dwangsom geldt een min of meer vergelijkbare reeks van beschikkingen. In plaats van de toepassingsbeschikking kent deze regeling de invorderingsbeschikking (art. 5:37). Anders dan de toepassingsbeschikking moet de invorderingsbeschikking vrijwel steeds worden genomen.

Op vergelijkbare gronden als bij de titel over bestuursrechtelijke geldschulden bevat de wet concentratiebepalingen (art. 5:31c en 5:39), waardoor het beroep tegen het opleggen van de last tevens betrekking kan hebben op de kostenverhaalbeschikking en de toepassingsbeschikking dan wel de invorderingsbeschikking.

Een belangrijk verschil met de betalingsreeks is overigens dat de handhavingsketen voor herstelsancties relatief veel meer onderdelen kent die geen besluitkarakter dragen. Er zijn juist bij deze reeks ook nogal wat stappen die niet (meer) als besluit worden aangemerkt. Zo is het niet ongebruikelijk als het opleggen van de last wordt voorafgegaan door een *vooraankondiging* oftewel een (informele) waarschuwing. Die waarschuwing werd in het verleden wel aangemerkt als een besluit,<sup>112</sup> maar thans doet de Afdeling dat niet meer.<sup>113</sup> Ook de vaststelling van het tijdstip waarop daadwerkelijk tot optreden wordt overgegaan, is geen besluit, maar een mededeling van feitelijke aard.<sup>114</sup> Dit heeft gevolgen voor hoe we deze reeks moeten beoordelen: er is een extra argument aan te ontleen waarom een rechtsbetrekkingbenadering op de keper beschouwd aantrekkelijker is. Op dit terrein speelt zowel het probleem van te veel besluiten, als het probleem van te weinig rechtsbescherming.

---

110 Zie voor een overzicht met inbegrip van de (feitelijke) tussenstappen: Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 143 e.v.

111 Zie Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 145.

112 ABRvS 20 oktober 2003, AB 2004, 361, m.nt. OJ.

113 ABRvS 18 januari 2006, AB 2006, 122, m.nt. F.R. Vermeer.

114 Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 145.

Naast de hiervoor behandelde onderwerpen die reeds een eigen regeling hebben in de Awb, liggen er ook alweer een aantal onderwerpen klaar waarvan het wenselijk is deze te regelen in de Awb. In dit verband valt te wijzen op de problematiek van de verdeling van schaarse publieke rechten, dat wil zeggen schaarse vergunningen en schaarse subsidies. In de literatuur zijn enkele voorstellen gedaan voor een wettelijke regeling van dit onderwerp in de Awb.<sup>115</sup> Deze voorstellen zijn alle op het besluitmodel gebaseerd. Ook daar wordt een reeks van besluiten genomen, waarvan de vraag is of die reeks niet te veel appellabele onderdelen kent. Het stramien bij de verdeling van schaarse vergunningen ziet er over het algemeen als volgt uit: (1) eerst wordt het vergunningenplafond vastgesteld en bepaald aan de hand van welk soort procedure de vergunning wordt verdeeld, (2) op basis daarvan worden vervolgens de uitvoeringsregels vastgesteld, (3) daarna wordt de beslissing tot toelating of selectie genomen, (4) dan volgt de toekenning of gunning en (5) ten slotte de eigenlijk vergunningverlening. De meeste van deze stappen hebben het karakter van een appellabel besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. De uitvoeringsregels hebben echter het karakter van algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels, dus die zijn ingevolge artikel 8:3, lid 1, Awb niet vatbaar voor bezwaar en beroep. Bij een procedure voor de verdeling van schaarse vergunningen zijn er vrij snel een stuk of vier voor bezwaar en beroep vatbare Awb-besluiten.<sup>116</sup>

Evenals bij de vorige voorbeelden is ook hier de vraag hoe het aantal voor beroep vatbare momenten kan worden gereduceerd, te meer nu de praktijk laat zien dat juist op dit terrein – naar het zich laat aanzien vanwege de grote (financiële) belangen – vrijwel elke voor beroep vatbare beslissing daadwerkelijk onder de rechter komt. Alle tot nu toe gedane voorstellen om de mogelijke problemen te ondervangen zijn gebaseerd op het besluitmodel en komen neer op een bepaalde vorm van concentratie van besluiten. De oplossingen variëren van het samenvoegen van alle besluiten zodat in feite uitsluitend één besluit (het verleningsbesluit) appellabel is,<sup>117</sup> tot het zodanig samenvoegen dat slechts twee besluiten appellabel blijven (bijvoorbeeld het selectiebesluit en het verleningsbesluit),<sup>118</sup> tot het terugbrengen van het aantal rechtsbeschermingsmomenten naar drie (namelijk tegen het vaststellen van het vergunningenplafond en de daarbij behorende uitvoeringsregels gezamenlijk, tegen het toelatingsbesluit en gezamenlijk tegen de toekenning en de daadwerkelijke vergunningverlening).<sup>119</sup> Aan dit soort oplossingen binnen het besluitmodel blij-

115 Zie A. Drahmman, 'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink & A. Drahmman, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie* (Preadvies jonge VAR 8), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 189 e.v., M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Eerlijk zullen wij alles delen... Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot', *JBplus* 2011, p. 56-57 en J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 710-712.

116 F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 23 e.v.

117 Drahmman 2010, p. 185.

118 Van Ommeren 2004, p. 37.

119 A.W.G.J. Buijze & R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtsbescherming bij de competitieve verdeling van schaarse publieke rechten in het licht van het Unierecht', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden

ven bezwaren kleven. Een nadeel is dat betrokkenen te lang in onzekerheid moeten blijven afwachten: het is ongelukkig als pas bij de daadwerkelijke vergunningverlening een besluit wordt vernietigd omdat ergens in een voorfase (bijvoorbeeld bij de selectie) zaken fout zijn gelopen. Het is veel beter als dit sneller in rechte aan het licht komt. Een ander nadeel van de lange tijdsperiode is dat door het verstrijken van de tijd het zo kan zijn dat zaken niet meer terug te draaien zijn; de markt kan er na verloop van tijd al weer heel anders uitzien. Wanneer bijvoorbeeld in het kader van de selectie een aanvraag ten onrechte is uitgesloten, is het vrijwel ondoenlijk de verdelingsprocedure weer opnieuw te verrichten. Dit is een probleem dat aan meer procedures kleeft, zij het dat het probleem van de tijdigheid juist bij de verdeling van schaarste en de daarbij horende marktwerking wel erg merkbaar is. Een zeer zwaarwegend probleem is voorts dat niet elke samenvoeging is toegestaan. Het Unierecht, meer in het bijzonder de rechtspraak over de rechtsbeschermingsrichtlijnen voor aanbesteding, kan daar belemmeringen tegen opwerpen. Het te veel verwijderen van rechtsbeschermingsmomenten past slecht bij de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het valt bijvoorbeeld te betwijfelen of het Unierechtelijk is toegestaan het selectiebesluit van beroep uit te zonderen.<sup>120</sup> Ook daarom is het aantrekkelijker een oplossing te zoeken die kool en geit spaart: minder afzonderlijke beroepsmomenten zonder specifieke besluiten van bezwaar en beroep uit te zonderen via een concentratiebepaling. Dit pleit ervoor te bezien of de bestuursrechter de rechtsbetrekking als geheel kan toetsen.

### 3.4 Slot

Het besluitmodel is om verschillende redenen niet meer up-to-date. We zien ondanks het oprukken van het besluitbegrip in het omringende bestuursrecht dat er nog heel wat besluitgerelateerde bestuurshandelingen zijn die niet-appellabel zijn, met alle gevolgen van dien. Dit betekent niet dat wij willen betogen dat al dit handelen onder het besluitbegrip moet worden gebracht. Het zou niet goed zijn als al deze bestuurshandelingen in afzonderlijke procedures onder de bestuursrechter zouden kunnen komen via het besluitbegrip; dat zou tot een overdaad aan gerechtelijke procedures leiden. Wat wel een verbetering zou zijn, is als deze bestuurshandelingen in het kader van het besluit waaraan zij zijn gerelateerd door de bestuursrechter zouden worden beoordeeld. De gehele bestuursrechtelijke verhouding zou onder de bestuursrechter moeten worden gebracht. Op dit punt vertoont het huidige recht, door de beperking van de toegang tot louter besluiten, lacunes. Een probleem waaraan hiermee ook wordt tegemoetgekomen is dat van de ketenbesluitvorming, althans de tendens dat één en dezelfde rechtsverhouding dwangmatig opgehakt moet worden in een grote serie besluiten om rechtsbescherming te kunnen bieden. De oplossingsrichting, het verruimen van de toegang tot de bestuursrechter zodat hij de gehele bestuursrechtelijke rechtsbetrekking kan bekijken, komt hierna aan de orde.

---

& C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 426.

<sup>120</sup> Buijze & Widdershoven 2011, p. 426.

## 4. De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking

### 4.1 Vegting

Wanneer we vanuit het verleden naar de toekomst willen kijken, is het de moeite even stil te staan bij de aloude voorvechter van de rechtsbetrekkingbenadering, teneinde te bezien wat hij daarmee beoogde. Eerder kwam aan de orde dat we het beschikkingsbegrip in Nederland te danken hebben aan Van der Pot. Voorts bleek dat de aanscherping van het beschikkingsbegrip tot rechtshandeling op de naam van Wiarda moet worden geschreven. Ook de rechtsbetrekking in het bestuursrecht kent een oude protagonist. Vegting heeft het algemene bestuursrecht beschreven aan de hand van het begrip ‘administratieve rechtsbetrekking’.<sup>121</sup> Zijn beschouwingen zijn veel minder invloedrijk gebleken dan die van Van der Pot.<sup>122</sup> De functie van de rechtsbetrekking is bij hem niet wezenlijk anders dan bij anderen in zijn tijd en hun voorlopers. Het gaat er hem vooral om vragen over de rechtsgeldigheid en de (formele en materiële) rechtskracht van beschikkingen te kunnen beantwoorden.<sup>123</sup>

De administratieve rechtsbetrekking kan volgens Vegting ontstaan uit de wet, uit een beschikking of uit meerzijdige rechtshandelingen, in het bijzonder de overeenkomst.<sup>124</sup> Een van de eigenschappen van de rechtsbetrekkingbenadering is dat er – als vanzelfsprekend – meer ruimte ontstaat voor overeenkomsten en andere tweezijdige rechtshandelingen in het bestuursrecht. Vegting onderkende uitdrukkelijk dat rechtsbetrekkingen zowel door eenzijdige als door tweezijdige rechtshandelingen kunnen ontstaan.<sup>125</sup> Ook in het kader van zijn beschouwingen over de administratieve rechtsbetrekking is zeer veel ruimte ingebed voor het beschikkingsbegrip.

---

<sup>121</sup> W.G. Vegting, *Het Algemeen Nederlands Administratiefrecht, Eerste deel*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom 1954.

<sup>122</sup> Vgl. J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht. Ontstaan en vorming van het Nederlandse algemene bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 255 en W. Konijnenbelt, ‘Vegtings Algemeen Nederlands Administratiefrecht’, in: J.B.J.M. ten Berge e.a., *Oude meesters. Grondleggers van bestuursrecht en hun rol in het huidige bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 54.

<sup>123</sup> Vegting 1954, p. 228 e.v.

<sup>124</sup> Met name R.M. van Male, *Onvoltooid recht* (oratie Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 11 heeft er moeite mee dat het ongeschreven recht als rechtsbron ontbreekt, maar zo ver waren Vegting en zijn tijdgenoten nog niet.

<sup>125</sup> Vegting 1954, p. 216. Hetgeen niet wegneemt dat hoofdstuk VI meer dan 100 pagina’s lang over de beschikking handelt, terwijl aan de overeenkomst slechts een tiental pagina’s wordt besteed.

In de termen van Vegting: de beschikking is een belangrijke ontstaansbron voor de administratieve rechtsbetrekking.<sup>126</sup>

Het gaat overigens te ver om te denken dat Vegting als enige aandacht voor de rechtsbetrekking vroeg. Donner beschouwde de beschikking evenals de overeenkomst als rechtsfiguren die uitdrukkelijk onderdeel uitmaken van de rechtsbetrekking tussen bestuur en bestuurd.<sup>127</sup> Maar bij die constatering bleef het: Donner werkte het begrip ‘rechtsbetrekking’ niet verder uit en concentreerde zich op de figuur van de beschikking. Dat hoeft trouwens niet te verwonderen aangezien zijn *Nederlands bestuursrecht. Algemeen deel* een (zeer uitgebreide en ingrijpend herziene) voortzetting vormde van de *Vormen van het besturen* van Van der Pot.<sup>128</sup> In het verlengde van het beschikkings- en later besluitbegrip is voor de rechtsbetrekking in de bestuursrechtelijke literatuur inmiddels op velerlei plaatsen aandacht gevraagd.<sup>129</sup>

## 4.2 De Grondwet

Het springt in het oog dat het begrip ‘rechtsbetrekking’ aanknoopt bij de grondwettelijke toedeling van de berechting van geschillen. Artikel 112, tweede lid, eerste volzin, Gw luidt als volgt:

---

126 Anders: S. Pront-van Bommel, *Bestuursrechtspraak. Voorstellen voor modernisering van de bestuursrechtspraak* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 78. Zij meent dat Vegting slechts twee limitatieve bronnen van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking kent: de wet en de overeenkomst. Die lezing lijkt niet geheel correct: op velerlei plaatsen, in het bijzonder uit hoofdstuk VI, blijkt duidelijk dat juist ook de beschikking een van de bronnen is. Het misverstand zit vermoedelijk hierin dat Vegting 1954, p. 190 onderscheidt tussen de rechtsbetrekking die buiten de wil van de burger om ontstaat (i.h.b. door wet en beschikking) en die waarvoor zijn wil mede bepalend is (i.h.b. de overeenkomst).

127 Zie A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht. Algemeen deel*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1987, p. 210, 211.

128 Donners betoog over de beschikking is in zoverre nog steeds lezenswaardig dat het fraai laat zien wat de *overgang* – ‘transformatie’ is een term die hij (1987, p. 214) in dit verband eveneens gebruikt – van het beschikkingsbegrip van de wetenschappelijke begripsvorming naar de praktijk van wetgeving en rechtspraak betekent.

129 Te noemen vallen met name: De Jong 1988, p. 318, Van Male 1993, p. 10 e.v., R. Bergamin, *Rechten jegens de overheid* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995, p. 205 e.v., M. Scheltema, ‘Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht’, *NJB* 1996, p. 1357, N. Verheij, ‘Een eigen recht(er). Recente verschuivingen in de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter’, in: A.J.C. de Moor-van Vugt, J.L. de Wijkerslooth & N. Verheij, *Verschuivingen van de magische lijn* (VAR-preadvies 122), Alphen aan den Rijn: Samsom 1999, p. 67 e.v. (hierna: Verheij 1999a), Van Ommeren & Van der Veen 1999, p. 88, 89, R.J.N. Schlössels, ‘Het besluitbegrip: doos van Pandora of hoofd van Medusa?’, *NTB* 2000, p. 1 e.v., Pront-van Bommel 2002, p. 77 e.v., Schlössels 2003, p. 8 e.v., VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 77, p. 89 e.v., Ch.W. Backes, *Suum Cuique?* (Oratie Maastricht 2008), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 61, M. Scheltema, ‘De wederkerige rechtsbetrekking: een essentieel leerstuk voor het bestuursrecht’, in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend Bestuursrecht* (Ten Berge-bundel), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009, p. 207 e.v., Backes & Jansen 2010, p. 75 e.v., J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011, p. 98 e.v. en Huisman 2012a, p. 595 e.v.

‘De wet kan de berechting van geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan, opdragen aan hetzij de rechterlijke macht, hetzij aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren.’

Veel weten we daarmee nu echter nog niet. Wat zijn ‘burgerlijke rechtsbetrekkingen’? Uit de Grondwet valt niet af te leiden welke rechtsbetrekkingen privaatrechtelijk of bestuursrechtelijk van aard zijn. Hoe de wetgever die verdeling oppakt en welke maatstaven worden gebruikt om te bepalen welke soort geschillen bij welke rechter terecht komen, volgt niet uit de Grondwet.

Strikt genomen dwingt artikel 112 Grondwet de wetgever zelfs niet om te bepalen wanneer geen sprake is van burgerlijke rechtsbetrekkingen. Artikel 112, tweede lid, eerste volzin bepaalt slechts dat de wet de berechting van geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan, kan opdragen aan hetzij de rechterlijke macht, hetzij aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren. Die bepaling moet worden gelezen tegen de achtergrond van het eerste lid, dat voorschrijft dat aan de rechterlijke macht is opgedragen de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen. Het eerste lid bevat met andere woorden een imperatieve bepaling, het tweede lid een facultatieve. Het tweede lid roept weliswaar voor de wetgever de mogelijkheid in het leven te onderscheiden tussen burgerlijke en niet-burgerlijke rechtsbetrekkingen, maar noodzakelijk is het niet. Wanneer de wetgever de geschillen uit beide soorten rechtsbetrekkingen zou opdragen aan de rechterlijke macht – die ruimte laat de Grondwet uitdrukkelijk – is er geen noodzaak om tussen beide soorten rechtsbetrekkingen te onderscheiden.

De Grondwet laat aldus veel ruimte aan de gewone wetgever. Een van de opmerkelijke, maar wel verklaarbare, kenmerken van ons rechtsbestel is echter dat de wetgever zich nooit heeft gewaagd aan een uitgekende competentieverdeling tussen beide rechters. De verdeling van rechtsmacht tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter is vrijwel volledig aan de rechter over gelaten. Immers, de Grondwet komt niet veel verder dan het criterium ‘burgerlijke rechtsbetrekkingen’ en de Awb knoopt voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming aan bij het besluitbegrip van artikel 1:3 Awb. Beide maatstaven zijn zo ruim uit te leggen dat we voor de competentieverdeling tussen de beide soorten rechters nog nauwelijks iets weten.<sup>130</sup>

In de literatuur is naar aanleiding van de zelfstandige-schadebesluitjurisprudentie wel opgemerkt dat de rechter op het terrein van de wetgever, bedoeld in artikel 112, tweede lid, Gw, is getreden.<sup>131</sup> De reactie daarop kan evenwel zijn dat de wetgever die ruimte zelf aan de rechter heeft gelaten en overigens ook dat het zelfstandig schadebesluit in zoverre niet iets principieels nieuws is: transformerende bestuursrechtelijke rechtspak kennen we al sinds de Wet Arob. We zijn er al lang aan gewend geraakt dat bepaalde overheidshandelingen die voorheen in de rechtspreek als privaatrechtelijk werden aangemerkt, (plotsklaps) worden getransformeerd tot

---

130 En dan laten we nog maar daar dat de burgerlijke rechter de formele rechtskracht gebruikt voor de competentieverdeling.

131 Kortmann 1997, p. 1327, 1328.

bestuursrechtelijke besluiten. Maar toegegeven: de ene keer gaat deze rechtspraak wat verder dan de andere. Het gaat dan ook te ver om te zeggen dat met deze rechtspraak door de bestuursrechter in strijd met de Grondwet wordt gehandeld: de Grondwet gééft immers een aanknopingspunt waarmee de wetgever wel iets heeft gedaan. Maar veel is het niet, waardoor de verdelingsknopen vooral door de rechter worden doorgehakt.

Inmiddels gaat de Awb-wetgever al weer verder, in het bijzonder met de *Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten* die ter zake van schade die is veroorzaakt door een onrechtmatig besluit een meer gedifferentieerde competentieverdeling bevat (art. 8:89 Awb). Een opmaat vormde eigenlijk al artikel 8:73 Awb, dat bij een gegrond beroep op verzoek van een partij het de bestuursrechter mogelijk maakte het bestuursorgaan te veroordelen tot de vergoeding van de geleden schade. Dit soort wetgeving geeft aldus uitwerking aan artikel 112 Gw. Door mede aan niet tot de rechterlijke macht behorende gerechten de bevoegdheid toe te kennen van dit soort geschillen kennis te nemen, geeft de wetgever – impliciet – aan dat in het licht van de Grondwet dit soort geschillen behoren tot de geschillen die niet uit een burgerlijke rechtsbetrekking zijn ontstaan.<sup>132</sup>

Dit zegt uiteraard nog steeds uiterst weinig over hoe de rechter met de door artikel 112 Gw geboden ruimte omgaat. Zoals bekend, hanteert de burgerlijke rechter voor de hem gegeven ruimte de (verruimde) *objectum litis*-leer. De Hoge Raad heeft al lang geleden overwogen dat de bevoegdheid van de rechter afhankelijk is gesteld van het voorwerp van geschil, dat is van het recht waarin de eiser vraagt te worden beschermd, en niet van de aard van het recht waarop de verweerder zijn verweer grondt,<sup>133</sup> en evenmin van de aard van de werkelijk bestaande rechtsverhouding.<sup>134</sup> De leer van de *fundamentum petendi* daarentegen neemt het door verweerder gestelde en door de rechter vastgestelde ‘grondslag van het gevorderde’ tot uitgangspunt. Volgens de *fundamentum petendi*-leer is een geschil publiekrechtelijk van aard als de bevoegdheid waarop de verweerder zich beroept en dus de rechtsbetrekking tussen eiser en verweerder publiekrechtelijk van aard is. Dat is in wezen de richting die bij ons de bestuursrechter opgaat.<sup>135</sup> Het probleem van beide leren is echter dat ze wel

---

132 B.J. Schueler, ‘Aan de rechterlijke macht is opgedragen het verknippen van geschillen over publiekrecht en over schuldvorderingen’, in: L. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat: verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en immuniteit van de overheid* (preadvies Staatsrechtconferentie 2009), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 146. In het licht van art. 112 Gw is het opmerkelijk dat, voor zover dit soort geschillen niet exclusief aan de bestuursrechter is opgedragen, de woordjes ‘hetzij’ zijn uitgelegd als: *en/of*, zie Schueler 2010, p. 148. Het lijkt niet dat daarmee tegen de strekking van deze grondwettelijke bepaling wordt ingegaan, maar naar de letter staat dit wel zeer op gespannen voet met dit voorschrift. Wij zouden het erop willen houden dat de grondwetgever de mogelijkheid van dubbele competentie niet onder ogen heeft gezien.

133 HR 31 december 1915, NJ 1916, p. 407, AB Klassiek 2009, nr. 2, m.nt. W. Konijnenbelt (Guldemondd/Noordwijkerhout).

134 HR 18 augustus 1944, NJ 1944, 45, 598 (Alkmaar/Noord-Holland).

135 Aldus N. Verheij, *Bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter*. Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 1994, p. 63, vgl. ook Schlössels 2003, p. 9. Wij zijn evenwel bewust terughoudend met dit soort kwalificaties. Toepassing van een volwaardige *fundamentum petendi*-leer zou betekenen dat de bestuursrechter bevoegd is zodra sprake van een geschil dat voortvloeit uit de schending van een bestuursrechtelijke regel



zeggen wat er gekwalificeerd moet worden maar niet *hoe*: geen van beide leren geeft aan wanneer een recht burgerlijk of een rechtsbetrekking publiekrechtelijk is.<sup>136</sup> En dat laatste is uiteraard precies datgene wat we willen weten.

### 4.3 Het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking

#### 4.3.1 De binnengrenzen

Het is niet ongebruikelijk te stellen dat het concept van de ‘rechtsbetrekking’ te vaag is om in het bestuursrecht goede diensten te bewijzen en de bestuursrechter bevoegd te maken.<sup>137</sup> Op het eerste gezicht is deze gedachtegang niet verbazingwekkend. Het begrip ‘rechtsbetrekking’ is immers zozeer een abstract en algemeen juridisch begrip, met bovendien van oudsher zulke sterke privaatrechtelijke connotaties, dat er wel goed over moet worden nagedacht voordat we het meer uitdrukkelijk in het bestuursrecht binnenhalen. Dat geldt zeker nu het oogmerk van deze incorporatie is de toegang tot de bestuursrechter te reguleren. Dat is bij uitstek een terrein waar behoefte is aan een zo scherp mogelijk criterium. Het onbezonnen met dit begrip te werk gaan levert grote risico’s op: voor we het weten zouden we meer onder de competentie van de bestuursrechter brengen dan wenselijk is. Daarom is het van belang dit begrip zo scherp mogelijk af te bakenen. Voor deze uitwerking biedt het vorige hoofdstuk een belangrijke richtingwijzer voor datgene waaraan behoefte is. Daarbij is het streven, niet te veel maar ook niet te weinig bestuurshandelen binnen de reikwijdte van deze rechtsbetrekking te brengen.

In de kern gaat het in het bestuursrecht om het nemen van een besluit door een bestuursorgaan met daaromheen een groot aantal andere handelingen. Aangezien het wenselijk is de besluitgerelateerde handelingen eveneens onder de bestuursrechter te brengen, ligt het in de rede door een scherpe afbakening van het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking de voorbereidings- en uitvoeringshandelingen in te sluiten, zonder het besluitbegrip zelf los te laten.<sup>138</sup> Deze voorbereidings- en uitvoeringshandelingen hebben veelal een feitelijk karakter en kunnen ook meerzijdig van aard zijn. Dat de wetgever en de rechter – uit strategische overwegingen noodgedwongen – met name in de feitelijke bestuurshandelingen soms toch besluiten lazen dan wel dit soms daarmee gelijk hebben gesteld, is een kwestie die we in deze nieuwe benadering nu achter ons kunnen laten. Het is dus niet langer nuttig over de hele linie vast te houden aan het vereiste van het op rechtsgevolg gericht zijn, noch aan het vereiste van eenzijdigheid. Voordeel is dat we voor de analyse aldus de elementen publiekrechtelijk en bestuursorgaan ongemoeid kunnen

---

of beginsel. Zo ver gaat de hier te presenteren benadering van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking niet.

<sup>136</sup> Zie de zeer heldere uiteenzetting van Verheij 1994, p. 60.

<sup>137</sup> Zie reeds Verheij 1999a, p. 68.

<sup>138</sup> Zie aldus ook De Poorter & De Graaf 2011, p. 111. De overeenkomsten ter voorbereiding en ter uitvoering van een besluit worden in hun voorstel niet apart genoemd.



laten. Dat laatste is aantrekkelijk, want dat geeft houvast en dan halen we niet te veel tegelijk overhoop.

#### *Kenmerken van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking*

We lopen nu langs de belangrijkste eigenschappen van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, zoals die ons tegen deze achtergrond voor ogen staat. Voorop staat dat een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking een rechtsbetrekking is waarbij in elk geval ten minste één *bestuursorgaan* partij is. Van belang is dat voor wat onder een bestuursorgaan moet worden verstaan, we kunnen vasthouden aan artikel 1:1 Awb en de daarop gebaseerde rechtspraak.

Een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is bovendien per definitie *bestuursrechtelijk* van aard. Van belang is ook hier dat wat onder het begrip ‘bestuursrechtelijk’ in deze zin moet worden verstaan, volgt uit het begrip ‘publiekrechtelijk’ van artikel 1:3, eerste lid, Awb en de rechtspraak die daarop is gebaseerd. ‘Bestuursrechtelijk’ betekent in deze zin dus niets anders dan ‘publiekrechtelijk’ in de zin van de Awb. Toch is het niet raadzaam in dit verband te spreken over een ‘publiekrechtelijke’ rechtsbetrekking. Dat zou verwarring kunnen zaaien. Immers, buiten de context van het bestuursrecht is ‘publiekrechtelijk’ een ruimer begrip: het zijn niet alleen bestuursorganen die publiekrechtelijk handelen. Het is niet de bedoeling het optreden van andere overheidsinstellingen – in het bijzonder de rechter of de wetgever – onder de reikwijdte van deze rechtsbetrekking te brengen. De trias blijft gewoon het uitgangspunt. Ook bestuurshandelen dat typisch in de sfeer van de opsporing en vervolging van strafbare feiten en de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen ligt, blijft erbuiten. Met andere woorden: de rechtsbetrekkingbenadering vormt evenmin aanleiding wijziging te brengen in artikel 1:6 Awb.

De elementen ‘rechtshandeling’ en ‘eenzijdigheid’ laten we varen als noodzakelijke vereisten voor *alle* onderdelen van een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Het is niet meer nodig dat de bestuurshandeling op rechtsgevolg is gericht. Ook de feitelijke handelingen ter voorbereiding of ter uitvoering van een besluit, maken onderdeel uit van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Evenzeer geldt dat die handelingen een meerzijdig karakter kunnen dragen. Een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking kan dus eenzijdig of meerzijdig van aard zijn.

Ten slotte de term ‘rechtsbetrekking’. Een rechtsbetrekking is niet meer of minder dan een door het recht erkende en geregelde rechtsverhouding.<sup>139</sup> De rechtsbetrekking is een algemene rechtsfiguur die, waar nodig, in het privaatrecht en in het bestuursrecht een verschillende uitwerking kan krijgen. Een *bestuursrechtelijke* rechtsbetrekking is een rechtsverhouding die vooruitloopt op of voortvloeit uit het nemen van een besluit.

#### *De plaats van het besluit in de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking*

Het besluit – de publiekrechtelijke rechtshandeling van een bestuursorgaan – is de harde kern van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Vaak zal het zo zijn dat eerst het besluit een nieuwe rechtsbetrekking schept of een bestaande rechtsbetrekking

---

139 Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-I\* 2012, nr. 6.

wijzigt of beëindigt. Dat uit een besluit een rechtsbetrekking voortvloeit, is een gedachte die goed aansluit bij de geschiedenis van het besluitbegrip. De Wet Bab omschreef de beschikking reeds als:

‘(...) de vaststelling, de wijziging of de opheffing van een bestaande rechtsverhouding of het scheppen van een nieuwe rechtsverhouding (...)’

Niet elke bestuursrechtelijke rechtsbetrekking *vloeit voort* uit een besluit. Bestuursrechtelijk beschouwd, kan ook een voorbereidingshandeling reeds een rechtsbetrekking scheppen. Het is niet uitgesloten dat het beoogde of mogelijke besluit niet daadwerkelijk wordt genomen.<sup>140</sup> Ook de aan het eventuele besluit voorafgaande handelingen maken onderdeel uit van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.

Het is niet noodzakelijk dat de bestuurshandeling de rechtsbetrekking *schept*. Een bestuurshandeling kan ook een rechtsbetrekking *vaststellen*. Wanneer we uitgaan van de huidige bestuursrechtspraak, dan is de vaststelling van de rechtsbetrekking geen besluit, immers naar huidige recht is de rechtsvaststelling niet op rechtsgevolg gericht en dus geen rechtshandeling.

Het voorafgaande zou wellicht de indruk kunnen wekken dat er maar één besluit in een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking kan zitten. Dat is uiteraard niet zo. Eerder kwam aan de orde dat hele ketens van besluitvorming mogelijk zijn. Een dergelijke keten bevat juist *meerdere besluiten*. Preciezer gezegd: een keten bevat meerdere bestuursbeslissingen, waarvan sommige het karakter hebben van een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb en andere niet. Voor de toegang tot de rechter is nu niet meer zo belangrijk welke onderdelen precies als besluit moeten worden aangemerkt en welke als gerelateerde feitelijke handelingen. Het in stukjes hakken is voorbij. De hele keten – met andere woorden: de gehele rechtsbetrekking – kan nu onder de rechter komen.

Een wezenlijke eigenschap van de rechtsbetrekking is dat het een *dynamisch en voortgaand* geheel is. Een rechtsbetrekking ontwikkelt zich van de eerste voorbereidingshandeling tot en met de laatste uitvoeringshandeling. Complicerend is daardoor wellicht dat niet steeds met zekerheid is te zeggen wat begin- en eindpunt is,<sup>141</sup> noch dat bij voorbaat vaststaat welk besluit als originair en welk als accessoir moet worden aangemerkt. Het eindpunt kan weer het begin vormen van een nieuwe stap. In de literatuur is de vraag gesteld welk besluit in de rechtsbetrekking precies het originele besluit is.<sup>142</sup> Die vraag is in abstracto niet te beantwoorden. Het antwoord is afhankelijk van de rechtsvraag die over de rechtsbetrekking wordt gesteld. Een accessoir besluit kan weer originair zijn voor een vervolgbesluit.

---

140 Bijvoorbeeld: toezichtshandelingen kunnen ertoe leiden dat er geen handhavingsbesluit wordt genomen. Of het bestuur doet de mededeling dat geen vergunning nodig is; dan volgt er uiteraard ook geen besluit.

141 Evenzo: Pront-van Bommel 2002, p. 82.

142 C.J.M. Bollen, *Onverschuldigde betaling door de overheid. Een onderzoek naar terugvordering door de overheid en het gebruik van het privaatrecht daarbij* (diss. Maastricht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 286.

Het is dan ook niet onjuist in die zin een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking ‘onvoltooid’ te noemen is, zoals in de literatuur wel is gebeurd.<sup>143</sup> Het is een wat andere manier van uitdrukken, maar het is niet iets wezenlijk anders dan zeggen dat een rechtsbetrekking een voortschrijdend en dynamisch karakter kan hebben. Met de uitdrukking ‘onvoltooid’ wordt bedoeld dat het bestuursorgaan de rechtsbetrekking nog nader kan of moet invullen.<sup>144</sup> Dat betekent dat het bestuur in veel gevallen nog een aantal vervolgstappen zal moeten zetten. Die vervolgstappen – dat is meer het punt waar het in dit preadvies om gaat – hebben niet steeds het karakter van een Awb-besluit.

Al met al valt de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking te omschrijven als het dynamische en voortgaande geheel van met elkaar verband houdende handelingen van het bestuursorgaan én de burger in verband met het (niet) nemen van een besluit. Aan de zijde van het bestuursorgaan kan die zowel uit één of meer elkaar openvolgende besluiten bestaan als uit de bestuurshandelingen die ter voorbereiding of ter uitvoering van die besluiten worden verricht. Niet uitgesloten is dat deze laatste bestuurshandelingen eveneens een besluitkarakter hebben.

#### 4.3.2 Wat betekent deze uitbreiding praktisch?

Bovenstaande exercitie was noodzakelijk, maar zij heeft, zoals conceptuele analyses nu eenmaal eigen is, een tamelijk hoog abstract gehalte. Het wordt daarom tijd om te gaan kijken wat dit nu allemaal met zich brengt. Bovendien, zou wellicht de gedachte kunnen zijn gerezen dat deze benadering op het eerste gezicht (te) weinig om het lijf heeft. Het besluitbegrip wordt immers met de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking niet afgeschaft en kernelementen als ‘bestuursorgaan’ en ‘publiekrechtelijk’ blijven zelfs geheel ongemoeid. Veel belangrijker is naar ons idee dat met de hier geschetste benadering de eerder gesignaleerde problemen met het besluitbegrip voor een groot deel kunnen worden ondervangen en dat dit waarschijnlijk – onder het motto: verdergaan kan altijd nog – voldoende is.

Zonder volledigheid te betrachten, maken – naast het besluit in de zin van artikel 1:3 Awb – in elk geval deel uit van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking: feitelijke voorbereidingshandelingen, bestuurlijke rechtsoordelen, toezeggingen, weigeringen, bevoegdhedenovereenkomsten,<sup>145</sup> onbevoegd genomen besluiten, feitelijke uitvoeringshandelingen, uitvoeringsovereenkomsten, bestuurlijke toezichtshandelingen en de tenuitvoerlegging van bestuursdwang. Het zijn allemaal bestuurshandelingen, een- of meezijdig, die gerelateerd zijn aan het besluit. Wie dit overzichtje legt naast het Awb-besluit, ziet in een oogopslag dat het openstellen van de rechtsbescherming ter zake van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking – zelfs

---

<sup>143</sup> Van Male 1993, p. 3 en 22.

<sup>144</sup> Van Male 1993, p. 3. Deze auteur kent aan zijn sleutelterm ‘onvoltooid’ nog wel meer betekenissen toe, zoals dat de (rechts)normen die partijen over en weer in acht moeten nemen geen statisch gegeven zijn (a.w., p. 22).

<sup>145</sup> R.J.N. Schlössels, ‘Van een ‘toolbox-approach’ naar een doorwrocht procesrecht?’, NTB 2012, p. 175 bepleit in het kader van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking de bevoegdhedenovereenkomst onder de rechtsmacht van de bestuursrechter te brengen teneinde ervaring op te doen met bestuursrechtelijke rechtsbescherming bij meezijdige rechtshandelingen.

als zij zo strikt wordt omschreven als hier is gedaan – wel degelijk een wezenlijke uitbreiding met zich brengt.

Bovendien leidt deze benadering tot een aanzienlijke vereenvoudiging. Met name is het niet meer nodig om allerlei (publiekrechtelijke) feitelijke handelingen aan te merken als rechtshandelingen. Voor zover zij besluitgerelateerd zijn, maken zij onderdeel uit van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Een groot deel van de schimmige, te ingewikkelde en te weinig stabiele rechtspraak over het element rechtshandeling kan in de prullenbak. Dat zal een aanzienlijke opschoning en vereenvoudiging geven.

Minder juridisch-technisch en meer in maatschappelijk relevante termen uitgedrukt, betekent dit dat niet alleen de feitelijke bestuurshandelingen maar met name ook de *communicatie* van zowel bestuur als burger meer uitdrukkelijk onderdeel zullen kunnen uitmaken van de gerechtelijke beoordeling. Andere terreinen die veel meer in het volle beeld van de bestuursrechter zullen komen, zijn het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften en de *handhaving* daarvan. Voor beide geldt overigens dat zulks uitsluitend het geval is voor zover zij verband houden met het nemen van besluiten. Men vergisse zich niet: dat is nog steeds een aanzienlijke beperking!

#### 4.3.3 De buitengrenzen

Vanwege de niet onterechte zorg dat het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking mogelijk te vaag zou zijn, is het van belang ook kort te kijken naar welke bestuurshandelingen niet onder dit aldus afgebakende concept vallen. Duidelijk is dat het *privaatrechtelijke* overheidshandelen geen bestuursrechtelijke rechtsbetrekking schept. Weliswaar vallen de bevoegdhedenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst onder de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, maar beide zijn meerzijdige rechtshandelingen die gerelateerd zijn aan het nemen van een besluit en zij zijn om die reden publiekrechtelijk van aard. De privaatrechtelijke overeenkomst en alle andere privaatrechtelijke overheidshandelingen maken geen deel uit van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.

Een andere categorie van bestuurshandelen dat op grond van de gemaakte afbakening buiten het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking valt is het *niet-besluitgerelateerde* feitelijk handelen.<sup>146</sup> Allerlei feitelijke mededelingen die niet besluitgerelateerd zijn, maken geen deel uit van deze bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Hiervoor werd even aangestipt dat veel communicatief handelen nu meer uitdrukkelijk in beeld komt, maar dat geldt niet voor alle communicatie. Vereist is immers dat deze besluitgerelateerd is. De aankondiging dat de gemeente

---

<sup>146</sup> Backes & Jansen 2010, p. 91, 96 gaan verder: zij wensen ook het niet-besluitgerelateerde feitelijke bestuurshandelen onder de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking te brengen. Zie ook Backes 2009, p. 61. J.A.M. van Angeren, 'Gemiste kansen in het Awb-project', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 217 wenst eveneens de rechtsmacht van de bestuursrechter uit te breiden tot de feitelijke gedragingen van bestuursorganen.

grond wil gaan uitgeven vestigt geen bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in deze zin. De mededeling dat voor een bepaalde activiteit een vergunning nodig is wel.

Een vergelijkbaar onderscheid kan worden gemaakt bij de bestuurlijke handhaving. Voor zover zij besluitgerelateerd zijn horen de bestuurshandelingen bij de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Maar lang niet al het handhavende optreden is besluitgerelateerd. Dit geldt in het bijzonder voor de onmiddellijke handhaving van de openbare orde, dat door de wetgever uitdrukkelijk buiten het besluitmodel van de Awb is gehouden (vgl. art. 5:23 Awb). Niet uitgesloten is dat het wenselijk is juist hier een stapje verder te gaan; wij komen daarop zo terug. Duidelijk is dat de hier gekozen benadering noopt tot het maken van een onderscheid tussen besluitgerelateerd feitelijk handelen en zelfstandig feitelijk handelen.<sup>147</sup>

Voor een volgende categorie geschillen die evenmin onderdeel uitmaken van de aldus omschreven bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, gaat het primair om de positie van *derden*. Het zijn de gevallen dat een bestuursrechtelijk voorschrift wordt overtreden en derdenbelanghebbenden daar last van hebben. Bij wijze van voorbeeld valt te denken aan de spreekwoordelijke 'burenruzie' die meer dan eens achter een bestuursrechtelijk geschil schuilgaat. Het is een bestuursrechtelijke kwestie dat een bouwer een vergunning nodig heeft en het bestuursrecht verbiedt de bouwer om te bouwen zonder vergunning. De bestuursrechter is naar geldend recht dan in beeld wanneer buurman A de door het bestuur aan buurman B verleende vergunning wil aanvechten. De bestuursrechter kan ook worden benaderd wanneer buurman A aan het bestuur vraagt om handhavend optreden tegen het overtreden van het wettelijke verbod om te bouwen door buurman B. Wanneer het bestuur geen of een onwettig handhavingsbesluit neemt, staat daartegen bestuursrechtelijk rechtsbescherming open. In al deze gevallen gaat het echter nog steeds om een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking; het gaat om de vraag tot welk optreden het bestuursorgaan is gehouden op het punt van de door buurman B ontwikkelde bouwplannen. Wanneer buurman A rechtstreeks de bestuursrechter zou kunnen benaderen om een oordeel over het bouwen van buurman B te krijgen – teneinde de u-bocht via het bestuur te kunnen vermijden – hebben we het echter niet meer over een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Dan staat immers rechtstreeks de relatie tussen de twee burens centraal, ofschoon het een bestuursrechtelijke kwestie is dat de bouwer een vergunning nodig heeft en in hoeverre hij zich aan de publiekrechtelijke voorschriften heeft gehouden.<sup>148</sup>

Kortom, de elementen 'bestuursorgaan' en 'bestuursrechtelijk' tezamen met het vereiste van het besluitgerelateerd zijn, zorgen voor de nodige begrenzing van het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Dit neemt niet weg dat het – als eventuele vervolgstappen – denkbaar is aan deze grenzen te gaan morrelen en dit concept ruimer te gaan interpreteren.

---

<sup>147</sup> Zie voor dit onderscheid reeds: B.M.J. van der Meulen, 'De normering van feitelijk handelen der overheid', NTB 1991, p. 267 e.v.

<sup>148</sup> In sommige staten, zoals Frankrijk, heeft de bestuursrechter de bevoegdheid bij wijze van voorlopige voorziening ook maatregelen op te leggen aan 'derden', zoals de houder van een geschorste vergunning. Zie B.W.N. de Waard, 'Spoedprocedures vergeleken', in: Th.G.M. Simons, A.T. Marseille & B.W.N. de Waard, *De voorlopige voorziening in het bestuursrecht* (preadvies VAR 136), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 236. Zie ook het preadvies van De Graaf, par. 2.3.

#### 4.4 Intermezzo: de bestuursrechtelijke verbintenis

In de literatuur is voorgesteld de bestuursrechtelijke verbintenis te gaan hanteren als toegangspoort tot de bestuursrechter.<sup>149</sup> Dit voorstel schurkt dicht aan tegen de hiervoor geschetste benadering van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Er zijn echter ook enige verschillen, waardoor wij conceptueel een voorkeur hebben voor de bestuursrechtelijke *rechtsbetrekking*. Daarbij gaat het om meer dan louter een semantische kwestie.

Een verbintenis wordt in het privaatrecht meestal omschreven als een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is.<sup>150</sup> De term ‘prestatie’ werd door Vegting, die voor zijn beschouwingen zwaar op het privaatrecht leunde, al gebruikt om zijn administratieve rechtsbetrekking te omschrijven.<sup>151</sup> Verbintenis en rechtsbetrekking zijn bij Vegting – en thans bij Pront-van Bommel<sup>152</sup> – synoniemen.<sup>153</sup> Door het beschrijven van het bestuursrecht in termen van prestaties wordt echter het wezenlijke van het bestuursrecht gemist. Het gaat in het bestuursrecht in de kern om de uitoefening van publiekrechtelijke *bevoegdheden*, los van de omstandigheid of die een prestatie inhoudt of niet. Dat sluit niet uit dat de bevoegdheidsuitoefening neerkomt op het verrichten van een prestatie, zoals het verstrekken van een subsidie, maar noodzakelijk is dat niet. Een publiekechtelijke bevoegdheid houdt bovendien dikwijls *geen verplichting* in, maar een vrije bevoegdheid.<sup>154</sup> Het is reeds daarom een geforceerde exercitie het begrip ‘verbintenis’ in het bestuursrecht te gaan bezigen. Dat neemt overigens niet weg dat een publiekrechtelijke bevoegdheid op het bestuursorgaan wel de last legt om, als daar aanleiding toe is, te overwegen of en in hoeverre die bevoegdheid moet worden ingezet.

Een complicatie die we voorts met het zonder meer overnemen van de verbintenis zouden binnenhalen, is dat *voorbereidingshandelingen* niet of maar moeizaam verbintenissen kunnen scheppen. Bijvoorbeeld voor de toezegging is het bediscussieerd of het vertrouwensbeginsel civielrechtelijk zo ver strekt.<sup>155</sup> Terwijl, zoals hiervoor aan de orde kwam, handelingen die vooruitlopen op een besluit wel degelijk een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking kunnen scheppen, ook als het bestuur uiteindelijk het beoogde besluit niet neemt.

---

149 In haar zeer lezenswaardige proefschrift houdt Pront-van Bommel 2002, p. 83 e.v. een pleidooi voor de bestuursrechtelijke verbintenis.

150 Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-I\* 2012, nr. 6.

151 Vegting 1954, p. 169.

152 Pront-van Bommel 2002, p. 78, 83.

153 Waarover Van Male 1993, p. 11.

154 Dit wordt ook door Pront-van Bommel 2002, p. 84 onderkend.

155 Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-I\* 2012, nr. 50.

Minder zwaarwegend, want relatief beter te ondervangen, is het probleem dat verbintenissen geacht worden *vermogensrechtelijk* van aard te zijn. Dit vereiste kan vrij gemakkelijk ruim worden uitgelegd of terzijde worden geschoven. Het is met name op dit punt denkbaar van een ruimer begrip ‘verbintenis’ uit te gaan.<sup>156</sup>

Het is niet nodig en niet wenselijk dergelijke problemen uit het privaatrecht in het bestuursrecht over te nemen. Het lijkt dan ook raadzaam het erop te houden dat – hoewel het algemene concept van de rechtsbetrekking zowel voorkomt in het privaatrecht als het bestuursrecht en het verbintenissenrecht een bron van inspiratie kan zijn – het concept van de rechtsbetrekking in het bestuursrecht het best zijn eigen uitwerking kan krijgen, zonder al te zwaar te leunen op de verbintenissenrechtelijke betekenis.

#### 4.5 Ook bepaald zelfstandig feitelijk handelen?

Tot nu toe vertoont de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking steeds een nauwe relatie met een (potentieel)<sup>157</sup> besluit. Zoals gezegd, is het besluit de kern van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Maar dat is niet noodzakelijk zo. Een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking kan ook zonder besluit bestaan, althans voor zover de wet dat mogelijk maakt.

Te overwegen valt – als eerste mogelijke vervolgstap – niet alleen besluitgerelateerd feitelijk handelen onder de bestuursrechter te brengen, maar ook *bepaald zelfstandig feitelijk handelen*, namelijk voor zover dat een uitdrukkelijke *wettelijke grondslag* en dus een duidelijk publiekrechtelijk karakter heeft. Dan laten we de directe band met het besluit dus los. Te denken valt met name aan de *onmiddellijke handhaving van de openbare orde*. Het wettelijk aanknopingspunt voor de bevoegdheden van de burgemeester is op dit punt te vinden in de Gemeentewet (in het bijzonder art. 172). In de literatuur is ooit gepleit ook voor dit soort feitelijk handelen de bestuursrechter bevoegd te maken.<sup>158</sup> Dat zou in dit groeimodel een logische vervolgstap zijn. Deze ontwikkeling past ook bij de trend die op dit moment is waar te nemen in de praktijk, waarbij bevelen ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde in het besluitmodel worden gegoten, waardoor rechtsbescherming bij de bestuursrechter mogelijk wordt.<sup>159</sup> Bedacht dient te worden dat veel klachten over dit soort politietoetredens thans bij de Nationale ombudsman terechtkomen; daarin zou dan verandering komen.

---

<sup>156</sup> Dat is ook in ander verband wel bepleit. Bezwaar daarvan is evenwel dat het onderscheid met echte verbintenissen – d.w.z. verbintenissen waarop het verbintenissenrecht van toepassing is – dan verdwijnt, zie Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-I\* 2012, nr. 7.

<sup>157</sup> ‘Potentieel’ vanwege de mogelijkheid dat een voorbereidingshandeling of een toezichtshandeling niet wordt gevolgd door een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb.

<sup>158</sup> B.M.J. van der Meulen, *Ordehandhaving* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1993, p. 303 e.v.

<sup>159</sup> L.D. Ruigrok, *Onmiddellijke handhaving van de openbare orde of bestuursdwang?* (diss. Groningen), Den Haag: Boom 2012, p. 212 e.v.



Zou deze vervolgstap inderdaad worden gezet, dan dient het onzes inziens een harde eis te zijn dat, voordat sprake is van een rechtsgeldige *bestuursrechtelijke* rechtsbetrekking, het feitelijke bestuurshandelen op een specifieke wettelijke grondslag berust. Dit behoeft geen probleem te zijn wanneer we ervan uitgaan dat het legaliteitsbeginsel (minimaal) zo ver strekt dat ook het feitelijk dwingend overheidshandelen van een specifieke wettelijke grondslag voorzien dient te zijn.<sup>160</sup> Wanneer aan die eis is voldaan, is het nog maar een kleine stap om het feitelijk bestuurshandelen eveneens als de basis van bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen te beschouwen, ook als het niet besluitgerelateerd is.

## 4.6 De bestuurlijke rechtsbetrekking

We zouden *nóg* een stap verder kunnen gaan. Namelijk door de eis van ‘bestuursrechtelijk’ te laten varen. Voldoende zou dan zijn dat er van een ‘bestuurlijke rechtsbetrekking’ sprake is. Het is terminologisch een klein verschil, maar de gevolgen zijn groot. Voor het aannemen van een bestuurlijke rechtsbetrekking is – slechts – vereist dat een *bestuursorgaan* één van de partijen van de rechtsbetrekking is. De uitbreiding die we daarmee zouden bereiken is zeer ingrijpend en zou plaatsvinden op twee fronten: al het *privaatrechtelijk* overheidshandelen en al het *feitelijk* overheidsoptreden zou nu onder de bestuursrechter komen, dus ook het zelfstandige bestuurshandelen dat niet besluitgerelateerd is.

In de literatuur zijn er enige stemmen opgegaan om voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming louter te kijken naar *wie* handelt.<sup>161</sup> Als we op dit spoor zouden gaan zitten, rijst de vraag wat precies het aanknopingspunt moet worden: het begrip ‘bestuursorgaan’ of een ander overheidsbegrip? Aangezien de Awb uitgaat van het begrip ‘bestuursorgaan’ zou het thans het meest eenvoudig kunnen lijken om daarbij aan te sluiten.<sup>162</sup> Dat vergt de minst ingrijpende wijzigingen.

In het verleden was het een probleem dat het privaatrecht en het bestuursrecht op dit punt niet naadloos op elkaar aansluiten. Bestuursorganen kunnen niet *privaatrechtelijk* handelen. Immers, volgens de civiele rechtsleer kunnen uitsluitend natuurlijke personen en rechtspersonen in het privaatrecht optreden. De Awb heeft evenwel met de vierde tranche daarvoor een voorziening getroffen. Ingevolge artikel 1:1, vierde lid, treffen de vermogensrechtelijke gevolgen van een handeling van een bestuursorgaan de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort.

---

160 F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiele wetsbegrip* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 76 e.v. Het klassieke voorbeeld is HR 22 juni 1973, AB 1973, 187; AB Klassiek 2009, nr. 4 m.nt. F.J. van Ommeren (Fluoriderings-arrest).

161 C.A.J.M. Kortmann, ‘Weg met het Awb-besluit’, RM Themis 1998, p. 190-191 en R.J.B. Schutgens, *Over de keuze tussen formele en materiële normomschrijvingen in het publiekrecht* (oratie Nijmegen 2011), Nijmegen 2012, p. 37.

162 H.Ph.J.A.M. Hennekens, in: *Verslag van de algemene vergadering gehouden op 23 april 1999 ter behandeling van de preadviezen van mr. A.J.C. de Moor-van Vugt, mr. J.L. de Wijkerslooth en mr. N. Verheij* (VAR-reeks 123), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 61 en 79, lijkt die kant op te gaan; maar, als wij hem goed begrijpen, beoogt hij, door aan te knopen bij het begrip ‘bestuursorgaan’, het *privaatrechtelijk* overheidshandelen echter uit te zonderen.



Wie voor de benadering van de bestuurlijke rechtsbetrekking kiest, heeft een schijnbaar sterke troef in handen: deze benadering opent – in elk geval op het eerste gezicht – de poorten voor een vrijwel *formeel* criterium. Heel algemeen gesteld, verdienen voor zover dat mogelijk is, formele begrippen in het recht de voorkeur: zij zijn scherper dan materiële begrippen en roepen daardoor minder onzekerheid op. Zeker voor een onderwerp als de toegang tot de bestuursrechter zou het aantrekkelijk zijn over een formeel criterium te beschikken.

Echter, bij uitwerking van deze benadering, zal blijken hoe lastig het is een echt formeel criterium te hanteren. Is het begrip ‘bestuursorgaan’ een formeel begrip? Gezien de huidige rechtspraak daarover – de publieke-taakjurisprudentie (!) – valt dat toch eigenlijk niet goed vol te houden. Wellicht zouden we daarvoor dan toch moeten aanknopen bij een ander overheidsbegrip. De vraag is uiteraard welk overheidsbegrip. Het blijkt een hele speurtocht om de grenzen van de overheid te bepalen en af te bakenen. De wetgever heeft er de grootste moeite mee en de rechter niet minder.<sup>163</sup> Het bestuursorgaanbegrip is op het punt van de scherpste dus nauwelijks aantrekkelijker dan andere (materiële) criteria.

Voor de bestuurlijke rechtsbetrekking wordt vaak naar het Franse systeem verwezen, dat inderdaad deze kant op gaat en sterk formele trekken heeft. De ervaringen in Frankrijk leren echter niet anders: ook daar kan men niet zonder een materiële maatstaf. Het Franse systeem bestaat uit een tweetrapsraket: in de eerste plaats wordt er gekeken of er sprake is van een openbare dienst, de zogeheten ‘*service public*’ (het organieke aspect). En vervolgens – omdat men er met uitsluitend dit criterium niet komt – wordt gekeken of de handeling van het bestuur wel gericht is op het behartigen van het *algemeen belang* (het functionele of materiële aspect). Het hoeft geen betoog dat die tweede maatstaf bij uitstek materieel van aard is.<sup>164</sup> En dan blijft nog buiten beschouwing dat de Fransen voor het *toepasselijke recht* eveneens een heel ander systeem hebben dan wij: voor hen is het primair het afbakingscriterium voor het toepasselijke recht, het van toepassing zijn van de bestuursrechtelijke wetgeving en beginselen; dus ook om die reden is het nauwelijks overplanten van het Franse systeem, om het eufemistisch te zeggen, niet zo’n gemakkelijk uitvoerbaar idee.

In de literatuur wordt de benadering van de bestuurlijke rechtsbetrekking soms wel aangeduid als een (formele) ‘*subjectum litis-leer*’, ter onderscheid van de *objectum litis-leer* en vooral van de (materiële) *fundamentum petendi-leer*.<sup>165</sup> Zoals gezegd, heeft de benadering van de bestuurlijke rechtsbetrekking echter ook enige materiële trekken. Het gaat derhalve eigenlijk om een combinatie van de *subjectum litis-* en de *fundamentum petendi-leer*.

---

163 Zie het instructieve overzicht van Zijlstra 2009a, p. 13-43. Over de reikwijdte van het overheidsbegrip wordt aan de VU een proefschrift voorbereid door mr. N. Jak.

164 Zie over de Franse maatstaven o.a.: A.J.H.W.M. Versteeg, *Verdeling van rechtsmacht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1987, p. 146 e.v., Verheij 1994, p. 31 e.v. en Schlössels 2003, p. 18, 19.

165 Kortmann 1998, p. 191, Schlössels 2003, p. 49 en VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 91.

Al met al heeft de benadering van de bestuurlijke rechtsbetrekking wel de charme van de eenvoud. De juridische wereld wordt helder in tweeën gedeeld. Al het handelen van de overheid komt onder de bestuursrechter; het handelen van private partijen is voor de burgerlijke rechter.

Hoewel deze benadering de charme van de eenvoud heeft, bepleiten wij haar niet. Zij is theoretisch fraai, maar staat te ver af van de benadering waar ons bestuursrecht vandaan komt. Een overgang naar deze benadering verwaarloost te zeer de wortels van de huidige bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Bovendien, en dat is minstens zo belangrijk, de hiervoor gesignaleerde problemen met het besluitbegrip nopen in het geheel niet tot een zo verstrekkende oplossing, dat met name ook het privaatrechtelijke overheidshandelen onder de rechtsmacht van de bestuursrechter moet vallen. Naar ons idee gaat dat niet alleen te ver, maar valt ook te betwijfelen welke goede zin dat zou hebben. De praktische voordelen daarvan zijn niet erg duidelijk. In het kader van de bestuursrechtelijke normering zullen wij nog op deze benadering terugkomen (hoofdstuk 6).

## 4.7 Slot

Het aantrekkelijke van de benadering van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is dat het besluit de (potentiële) kern vormt en dat alles wat daarom heen plaatsvindt erbij kan worden betrokken. Veel bestuurshandelen dat betrekking heeft op het nemen van een besluit kan aldus worden overgeheveld van de burgerlijke rechter naar de bestuursrechter en de rechtsbetrekking hoeft niet meer te worden gefragmenteerd in losse onderdelen. Die rechtsbetrekking kan ook bestaan uit de uitoefening van meerdere, achtereenvolgende besluiten. Maar met het overhevelen van privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen naar de bestuursrechter schieten we te ver door. Voldoende is het bestuursrechtelijke optreden onder de rechtsmacht van de bestuursrechter te brengen.

Door ook al het zelfstandige – dat wil zeggen: niet-besluitgerelateerde – feitelijk overheidsoptreden onder de bestuursrechter te brengen, zou een niet te overziene stap worden gezet. Dit geldt al *a fortiori* als zelfs de eis van een wettelijke grondslag voor dit feitelijk overheidshandelen zou worden losgelaten. Er zou daardoor allerlei feitelijk bestuurshandelen onder de bestuursrechter komen dat geen enkel verband heeft met een besluit. We weten dan niet meer wat we binnenhalen. Het valt te betwijfelen of een zo vergaande uitbreiding goede zin heeft.

Wij zouden de grens derhalve ergens anders willen trekken: al het bestuursrechtelijke handelen komt onder de bestuursrechter; het privaatrechtelijke handelen (met inbegrip van het privaatrechtelijke overheidshandelen) blijft voor de burgerlijke rechter. Die stap gaat ver genoeg. Het is al heel wat als de bestuursrechter kan kennisnemen van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking over de gehele linie.

## 5. Een vordering van het bestuur bij de bestuursrechter?

### 5.1 De andere zijde van de rechtsbetrekking

Het lijkt in beginsel het overwegen waard om in het kader van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking ook de mogelijkheid te creëren voor het bestuur om een vordering bij de bestuursrechter in te stellen. Primaire aanleiding om hieraan aandacht te besteden, is dat – wanneer de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking als geheel onder de bestuursrechter komt – dat met zich brengt, zoals we hiervoor zagen, dat deze rechter ook volledig kan kennisnemen van geschillen omtrent publiekrechtelijke overeenkomsten. Daarbij zou het uiteraard wel heel onevenwichtig zijn als niet alle contractspartijen naar dezelfde rechter zouden kunnen stappen.

Wanneer eenmaal voor een bepaald geval de fundamentele stap is gezet naar het beroep door het bestuursorgaan bij de bestuursrechter, dan rijst als vanzelf de vraag of er niet meer situaties denkbaar zijn waarin dit wenselijk zou zijn. Wij beperken ons hier tot een korte verkenning van de vraag in hoeverre een rechtstreekse vordering door het bestuursorgaan bij de bestuursrechter ook zinvol kan zijn bij de handhaving van bestuursrechtelijke wetgeving. Overigens is het met het oog op de toekomst de moeite waard te bezien voor welke andere onderwerpen eventueel een vordering van het bestuur bij de bestuursrechter wellicht wenselijk zou kunnen zijn. In het bijzonder kan worden gewezen op het terugvorderen door de overheid van teveel betaalde bedragen.<sup>166</sup>

Aan de mogelijkheid voor het bestuur om zelf de bestuursrechter te adieren is in de literatuur nog vrijwel nauwelijks aandacht besteed. Wel is opgemerkt dat het de vraag is of het mogelijk maken dat een bestuursorgaan rechtstreeks de bestuursrechter met een vordering adieert, wel past bij situaties waarin van het bestuur mag worden verwacht dat het zelf bepaalde bestuurlijke beleidskeuzes maakt en een afweging verricht van alle betrokken belangen.<sup>167</sup> Goed beschouwd, is immers het nemen van een besluit bij uitstek de manier om de bestuurlijke keuzes vorm te geven. In een procedure bij de bestuursrechter die zich richt tegen het door het bestuur genomen besluit worden de door het bestuur in het besluit vervatte keuzes op rechtmatigheid getoetst. In dit model komt goed tot uitdrukking wie voor die keuzes

---

<sup>166</sup> Scheltema 1996, p. 1357, J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter? De gewenste verdeling van de rechtsmacht bij: regelgeving, schadeveroorzakend overheidshandelen, tweewegenleer-vragen* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 86 en VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 80.

<sup>167</sup> Zie in dit verband ook Polak 1999, p. 86.

verantwoordelijk is: dat is namelijk het bestuur, binnen de door de bestuursrechter te toetsen rechtmatigheidskaders. Wanneer het bestuur rechtstreeks een vordering bij de bestuursrechter kan instellen, is veel minder duidelijk op wiens bord bepaalde keuzes liggen: op het bord van de rechter of op dat van het bestuur. Daarom heeft het besluitmodel juist in situaties waarin wij in ons rechtssysteem zouden vinden dat het bestuur op een bepaald terrein bepaalde bestuurlijke keuzes heeft te maken, nog steeds goede papieren en is het zonder meer loslaten daarvan niet wenselijk. Het is niettemin aantrekkelijk om ook hier enige mogelijkheden te verkennen van situaties waarin een rechtstreeks door het bestuur bij de bestuursrechter in te stellen vordering goede diensten zou kunnen bewijzen.

## 5.2 Publiekrechtelijke overeenkomsten

### 5.2.1 Bevoegdhedenovereenkomsten

Op dit moment kunnen bevoegdhedenovereenkomsten alleen indirect, in het bijzonder via de band van het vertrouwensbeginsel, worden voorgelegd aan de bestuursrechter. Een deel van de geschillen rondom bevoegdhedenovereenkomsten (onder meer geschillen rondom de geldigheid en schadevergoeding op grond van wanprestatie) kan alleen aan de orde komen bij de burgerlijke rechter. De overheid kan zich zelfs uitsluitend tot de burgerlijke rechter wenden. Het onwenselijke aan deze situatie is dat geschillen binnen een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking zijn verdeeld over twee rechters. Een stelsel waarbij de verschillende partijen bij een overeenkomst zich in geval van een geschil tot verschillende rechters moeten wenden is onaantrekkelijk. De rechtsbetrekking wordt aldus nog steeds in stukjes gehakt.

Wanneer geschillen rondom de bevoegdhedenovereenkomst onder de competentie van de bestuursrechter worden gebracht, ligt het in de rede om ook een rechtsingang voor het bestuur bij deze rechter te creëren.<sup>168</sup> Daarmee wordt de benodigde symmetrie bereikt; voor beide partijen is het dan mogelijk om bij één rechter alle mogelijke vorderingen in te stellen. Het model van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking biedt de mogelijkheid de disbalans op te heffen. Dat kan door het voor het bestuur mogelijk te maken om nakoming, vernietiging, ontbinding en wijziging te vorderen van een bevoegdhedenovereenkomst.

Dat het creëren van een rechtsingang voor het bestuur op dit vlak een wezenlijke verbetering ten opzichte van de huidige situatie betekent valt te illustreren aan de hand van het volgende voorbeeld. Een gemeente (althans het bevoegde bestuur) en een projectontwikkelaar hebben een overeenkomst gesloten waarin is afgesproken dat het bestuur zich zal inspannen om een bepaald bouwproject planologisch mogelijk te maken door het bestemmingsplan te herzien. Daartegenover verplicht de projectontwikkelaar zich in de overeenkomst om de kosten voor de herziening te betalen. Wanneer het tot een herziening komt waarin de projectontwikkelaar zich niet kan vinden, omdat daaraan voor hem niet zo gunstige voorschriften zijn

---

<sup>168</sup> Verheij 1999a, p. 72, VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 82 en 131-132, Van Ommeren 2010, p. 732 en Huisman 2012a, p. 673.

verbonden, zal hij zich op het standpunt stellen dat het bestuur de overeenkomst niet is nagekomen. Hij dient daarvoor gebruik te maken van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming om het besluit aan te vechten en daarnaast zou hij zijn eigen contractuele verplichting op kunnen schorten. In deze situatie kan het bestuur zich op het standpunt stellen dat het de overeenkomst is nagekomen en dat het de projectontwikkelaar wil houden aan zijn betalingsverplichtingen op grond van de overeenkomst. Het bestuur kan dit naar huidige recht uitsluitend afdwingen via de burgerlijke rechter. Dit leidt tot de situatie dat één geschil – betreffende de vraag of het bestuur de overeenkomst is nagekomen – over twee rechters is verdeeld. Door de hele rechtsbetrekking, inclusief eventuele vorderingen van het bestuur, onder te brengen bij de bestuursrechter wordt dit probleem ondervangen en kan deze rechter in één keer het gehele geschil afdoen. Extra of losse procedures bij de burgerlijke rechter, over hetzelfde onderwerp, zijn dan niet meer nodig.

### 5.2.2 Uitvoeringsovereenkomsten

Wij hebben eerder een uitdrukkelijk onderscheid gemaakt tussen bevoegdheden-overeenkomsten en uitvoeringsovereenkomsten, omdat deze overeenkomsten respectievelijk in een anticiperende dan wel accessoire verhouding staan tot de bevoegdheid om een besluit te nemen. Bij overeenkomsten ter uitvoering van een besluit, zoals subsidie-uitvoeringsovereenkomsten, is het op vergelijkbare gronden wenselijk om over een rechtsingang te beschikken voor het bestuur bij de bestuursrechter. Ook hier is een verdeling van de rechtsmacht onwenselijk en is het gewenst de hele rechtsbetrekking onder te brengen bij de bestuursrechter. Het betreft immers een publiekrechtelijke overeenkomst en de bestuursrechter is nu reeds bevoegd om kennis te nemen van het subsidiebesluit. Het zou mogelijk moeten zijn voor het bestuur om een actie tot nakoming van de uitvoeringsovereenkomst in te stellen bij de bestuursrechter.<sup>169</sup> Daarnaast kan ook hier gedacht worden aan de vorderingen tot vernietiging, ontbinding en wijziging.

## 5.3 Handhaving

Een andere situatie dan die van de hiervoor besproken overeenkomsten, waarin overwogen zou kunnen worden om het bestuursorgaan de mogelijkheid te bieden om zelf naar de bestuursrechter te stappen, is die waarin de burger in strijd handelt met een publiekrechtelijk wettelijk voorschrift.<sup>170</sup> In dergelijke gevallen staat het bestuursorgaan over het algemeen het bekende bestuursrechtelijke handhavingsarsenaal ter beschikking, zoals het opleggen van een last onder bestuursdwang,

---

<sup>169</sup> Vgl. VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 131-132.

<sup>170</sup> Ieders gedrag – ook dat van burgers jegens de overheid in bestuursrechtelijke verhoudingen – dient de onrechtmatigedaadstoetsing te kunnen doorstaan. Zie F.J. van Ommeren, 'Legaliteitsbeginsel en twee-wegenleer', NTBR 1999, p. 30. Zie ook Scheltema & Scheltema 2008, p. 388. Zij voegen daar – terecht – aan toe dat die toets niet altijd door de burgerlijke rechter maar ook door de bestuursrechter wordt uitgevoerd.

het opleggen van een last onder dwangsom of het opleggen een bestuurlijke boete. Vanzelfsprekend is daarvoor een specifieke wettelijke grondslag vereist. Oogmerk van de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder bestuursdwang of dwangsom is dat het bestuursorgaan zelf de (directe) mogelijkheid heeft handhavend op te treden zonder dat daar eerst een rechter aan te pas moet komen. Uiteraard staat tegen de handhavingsbesluiten (vervolgens) wel bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Een van de redenen dat het bestuur deze bevoegdheden heeft, is dat aldus sneller en efficiënter tegen overtredingen kan worden opgetreden dan wanneer daarvoor de rechterlijke tussenkomst nodig is. Het is evenwel de vraag of dit aldus in de praktijk wel steeds opgaat. Handhavend optreden is zeer ingrijpend van aard en beknót de burger vergaand in zijn mogelijkheden. Bovendien is handhavend optreden voor het bestuur niet eenvoudig en zonder haken en ogen. Ondanks het al jaren bestaande (rijks)beleid om decentrale overheden te stimuleren meer handhavend op te treden, zijn er relatief nogal wat gemeenten die dit niet eenvoudig vinden. De vraag is of het in potentie krachtige bestuurlijke handhavinginstrumentarium door het bestuur niet te vaak in de kast wordt gelaten uit – al dan niet gegronde – vrees voor slepende gerechtelijke procedures en forse schadeclaims achteraf. Op zichzelf valt het aldus goed te begrijpen dat bestuursorganen behoefte hebben aan enige zekerheid vooraf door middel van een uitspraak van een gezaghebbende autoriteit – de rechter – om te weten dat er inderdaad sprake is van een schending van bestuursrechtelijke wetgeving waartegen sancties kunnen worden ingezet. In de praktijk blijkt dat bestuursorganen daarom soms – in de plaats van de weg van de bestuursrechtelijke handhaving te kiezen – naar de (burgerlijke) rechter stappen, om daar een actie in te stellen op grond van onrechtmatige daad. Als voordeel hiervan wordt gezien dat de rechter in één keer definitief de knopen doorhakt, en er geen risico is voor het bestuur om foute beslissingen te nemen. De mogelijkheden om met succes een dergelijke actie bij de burgerlijke rechter in te stellen zijn echter uiterst beperkt.

De burgerlijke rechter pleegt de ruimte voor de privaatrechtelijke handhavingsroute te beoordelen aan de hand van de bekende Windmill-criteria.<sup>171</sup> De rechter is hier vrij streng: vanwege het vergelijkbare resultaat is er nauwelijks meer ruimte voor deze handhavingsweg.<sup>172</sup> Men kan er overigens over aarzelen of de criteria van de onaanvaardbare doorkruising wel op deze kwestie zijn toegesneden; wij zijn van mening dat zulks niet het geval is, omdat hier eigenlijk geen sprake is van een privaatrechtelijke rechtsverhouding.<sup>173</sup> Wat daar van ook zij, deze rechtspraak maakt in elk geval de behoefte van het handhavende bestuursorgaan aan een preventief rechterlijk oordeel zichtbaar.

In het verleden is de mogelijkheid voor het bestuur om in handhavingskwesties zelf de rechter te benaderen al eens onderzocht bij wege van een preventieve rechterlijke

---

171 HR 26 januari 1990, AB Klassiek 2009, nr. 15, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens (Windmill).

172 HR 22 oktober 1993, AB 1994, 1, m.nt. G.A. van der Veen (Staat / Magnus); HR 7 oktober 1994, AB 1995, 47 (Zomerhuisje).

173 Enzo: Scheltema & Scheltema 2008, p. 386.

toets van handhavingsbesluiten.<sup>174</sup> Een van de vragen in dat verband was welke rechter daarvoor bij introductie van die mogelijkheid in beeld zou moeten komen. Het ligt naar onze mening in de rede dat dat dan de *bestuursrechter* zou moeten zijn. Het gaat hier immers om een bestuursrechtelijke kwestie: er is sprake van een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking die voortvloeit uit een bestuursrechtelijke bevoegdheid (een originair besluit), waarbij de overtreding van publiekrechtelijke voorschriften aan de orde is.

Wanneer verdere ideeën worden ontwikkeld over de mogelijkheid van het bestuur om de bestuursrechter te adiëren, verdient het terrein van de handhaving onzes inziens in ieder geval nadere aandacht. Dat de introductie van een rechterlijke tussenkomst van betekenis is voor de vraag naar de verantwoordelijkheid voor de handhaving en mogelijkwerijs belangrijke gevolgen kan hebben voor de belasting van de bestuursrechter zijn daarbij ongetwijfeld van groot belang.<sup>175</sup> Een van de redenen voor de Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving (commissie-Michiels) om de figuur van de preventieve rechterlijke toets af te wijzen was echter ook dat deze toets niet past in het huidige stelsel van rechtsbescherming.<sup>176</sup> Daarin heeft deze commissie uiteraard gelijk. Het gaat ons er hier echter om de aantrekkelijke kanten van de door ons voorgestane stelselwijziging te laten zien, zodat er zowel in dit soort zaken als op andere terreinen meer aanleiding is de mogelijkheid van dergelijke acties van de overheid bij de bestuursrechter te overwegen.

## 5.4 Slot

Een directe ingang voor het bestuur bij de bestuursrechter brengt beter het meerzijdige – of in de woorden van de Awb-wetgever het ‘wederkerige’<sup>177</sup> – karakter daarvan tot uitdrukking. Dit betekent niet dat het altijd en zonder meer mogelijk moet zijn voor het bestuur om een rechtstreekse vordering in te stellen bij de bestuursrechter. Daar waar het kan en het toegevoegde waarde heeft zou een vordering van het bestuur bij de bestuursrechter gecreëerd kunnen worden.

Of de invoering van de bevoegdheid voor het bestuur om rechtstreeks een vordering bij de bestuursrechter in te stellen, tot een verzwaring van de werklast van de rechter zal leiden en past bij de rol van de rechter, is in dit verband uiteraard van belang. Dat er in totaal meer zaken aan de rechter voorgelegd zullen gaan worden, valt echter nog te bezien. Bij een deel van de zaken gaat het om het verschuiven van zaken van de burgerlijke rechter naar de bestuursrechter; van een toename in werklast is hier dus geen sprake. Voor een deel zou deze mogelijkheid ook procedures tegen een door het bestuur genomen besluit kunnen vervangen. Het is onzes inziens in ieder geval interessant om deze mogelijkheid, die door een stelselwijziging waarin de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking centraal komt te staan tot stand komt, onder ogen te zien.

---

174 Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, *Handhaven op niveau*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 119 e.v.

175 Zie daarover ook S.E. Zijlstra, ‘De toekomst van de rechtsbescherming’, NTB 2003, p. 166, 167.

176 Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving 1998, p. 125.

177 Zie nader hoofdstuk 8.



## 6. Bestuursrechtelijke normering

### 6.1 Een bestuursrechtelijk rechtskarakter?

Niet alleen de besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb, maar ook het besluitgerelateerde feitelijke bestuurshandelen en de publiekrechtelijke overeenkomsten vallen, zoals gezegd, binnen de reikwijdte van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Deze uitbreiding maakt het noodzakelijk in te gaan op de gevolgen die aan deze kwalificatie worden verbonden: wat betekent dit voor het recht dat op deze rechtsbetrekking van toepassing is?

Hiervoor hebben wij de bevoegdhedenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst, zoals in de bestuursrechtelijke literatuur gebruikelijk,<sup>178</sup> aangemerkt als publiekrechtelijke overeenkomsten. Toch verdient deze kwalificatie extra aandacht. Immers, zowel in de bestuursrechtelijke rechtspraak als in de civiele rechtspraak worden zij als *privaatrechtelijk* beschouwd.<sup>179</sup> Naar onze indruk wordt in de rechtspraktijk aan deze kwalificatie nogal eens schouderophalend voorbijgegaan; de vermeende vooronderstelling is dan dat aan die kwalificatie als publiekrechtelijk blijkbaar geen consequenties zijn verbonden.<sup>180</sup> Kwalificaties zijn in het recht vooral van grote betekenis als er juridische consequenties (rechtsgevolgen) aan worden verbonden. Wanneer een rechtsbetrekking als publiekrechtelijk wordt aangemerkt, dan betekent dat primair dat deze wordt beheerst door het publiekrecht. De vraag dringt zich dan bovendien op of het niet eveneens in de rede ligt om de bestuursrechter in het bijzonder vanwege zijn eigen expertise met de toetsing van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, de meest aangewezen rechter te achten. Bevoegdhedenovereenkomsten en uitvoeringsovereenkomsten zijn evenals besluitgerelateerd feitelijk handelen publiekrechtelijk van aard voor zover zij betrekking hebben op de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid.

---

<sup>178</sup> Zie Schlössels & Zijlstra 2010, p. 887 en 903 en H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 241.

<sup>179</sup> Zie voor bevoegdhedenovereenkomsten: HR 3 april 1998, AB 1998, 241, m.nt. ThGD (Alkemade/Hornkamp), HR 2 mei 2003, AB 2003, 354, m.nt. E.W.J. de Groot & G.A. van der Veen (Nunspeet/Mulder), ABRvS 8 september 2004, AB 2004, 458, m.nt. C.N.J. Kortmann (Tracébesluit HSL-Zuid V) en ABRvS 24 november 2010, Gst. 7350 (2011), 26, m.nt. A.A.J. de Gier. Zie over het karakter van subsidie-uitvoeringsovereenkomsten Jacobs 1999, p. 126.

<sup>180</sup> Vgl. G.A. van der Veen, *Overheidscontracten en PPS*, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB klassiek* (6<sup>e</sup> druk), Deventer: Kluwer 2009, p. 205: 'een term zonder rechtsgevolgen kan gemist worden'.



De maatstaf om bevoegdhedenovereenkomsten als publiekrechtelijk aan te duiden is het object van de overeenkomst: zij hebben betrekking op de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden. Het bestuur geeft met een bevoegdhedenovereenkomst aan op welke wijze het al dan niet gebruik zal gaan maken van een hem toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid. De bevoegdheid een bevoegdhedenovereenkomst te sluiten betreft doorgaans een geïmpliceerde bevoegdheid van het bestuursorgaan; maar zelden wordt in de wet de uitdrukkelijke bevoegdheid toegekend om bevoegdhedenovereenkomsten te sluiten. Wanneer aan het bestuur de bevoegdheid wordt toegekend om met enige vorm van beslissingsruimte bepaalde beslissingen te nemen, dan impliceert dit dat het bestuur deze beslissingsruimte binnen de hem toegekende grenzen eventueel kan invullen door vooraf een overeenkomst te sluiten. Ook de uitvoeringsovereenkomst is aan te merken als publiekrechtelijk. Het gaat om een type overeenkomst dat is ingebed in een bestuursrechtelijke rechtsverhouding; zij strekt ter uitvoering van een besluit. Hetzelfde geldt voor *feitelijk* handelen dat besluitgerelateerd is (bijvoorbeeld het geven van een bestuurlijk rechtsoordeel, het uitoefenen van nalevingstoezicht en de tenuitvoerlegging van bestuursdwang). Ook dit bestuurshandelen is publiekrechtelijk van aard.

Dit betekent dat naar huidig recht de *burgerlijke* rechter bij dit soort overeenkomsten en dit soort feitelijk handelen over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden oordeelt. Dat komt wel meer voor – denk bijvoorbeeld aan de toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de burgerlijke rechter –, maar het is verre van ideaal.<sup>181</sup> In dit hoofdstuk wordt dieper ingegaan op de kwalificatie van bestuurshandelen als publiekrechtelijk en het daarbij behorende toepasselijke recht, de bevoegde rechter komt in hoofdstuk 7 nader aan de orde.

## 6.2 De gemene rechtsleer

Wij kijken voor de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking van verleden naar heden. Vandaar dat wij een blik op de blijvende betekenis van Van der Pot hebben geworpen en kort ook even aandacht hebben besteed aan de benadering van Vegting. Vanzelfsprekend analyseren we hier ook de kwalificatie- en normeringsvraag aan de hand van de historische invalshoek. Over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht hebben zich door de decennia heen verschillende opvattingen ontvouwen, doorgaans wat zwaar doctrinair aangeduid als ‘rechtsleren’. Zij bieden een goed handvat om ook de betekenis – de rechtsgevolgen – van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking te analyseren.

Dat de burgerlijke rechter en de bestuursrechter de beide genoemde soorten overeenkomsten, de bevoegdheden- en de uitvoeringsovereenkomst, en de feitelijke overheidshandelingen (nog) als privaatrechtelijk beschouwen, past bij de traditionele kijk op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht, die wordt aangeduid als

---

<sup>181</sup> Zie specifiek over algemeen verbindende voorschriften Y.E. Schuurmans & W.J.M. Voermans, ‘Artikel 8:2 Awb: weg ermee!’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren*: 15 jaar Awb, Den Haag Boom Juridische uitgevers 2010, p. 809 e.v.

de gemene rechtsleer. Volgens deze rechtsleer is het privaatrecht het algemene recht dat altijd geldt voor zover het bestuursrecht er niet aan derogeert.<sup>182</sup> Het bestuursrecht verhoudt zich als bijzonder recht tot het algemene recht. Het bestuursrecht is niet van andere aard dan het privaatrecht; waar het ruimte laat, gelden de privaatrechtelijke regels.<sup>183</sup> Het is de klassieke opvatting, zoals verwoord door Paul Scholten en zijn tijdgenoten, die goed past bij een rechtsstelsel waarin algemene bestuursrechtspraak nog ontbreekt, zodat de burgerlijke rechter zijn rol van restrechter kan vervullen en waarin de bestuursrechtelijke wetgeving nog niet de omvangrijke en ingrijpende rol speelt die zij tegenwoordig heeft.<sup>184</sup>

### 6.3 De gemengde rechtsleer

Met de uitdrukkelijke toetsing van het overheidshandelen aan normen van publiekrechtelijke herkomst door de burgerlijke rechter heeft de gemene rechtsleer een belangrijke aanvulling ondergaan. Deze rechtspraak vindt plaats sinds 1986/1987, met het bekende arrest Amsterdam/Ikon, waarin de algemene beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks van toepassing werden geacht op de uitvoering van een gemeentelijke erfpachtovereenkomst.<sup>185</sup> De gedachte dat de overheid voor al haar optreden aan normen van publiekrechtelijke herkomst is gebonden, ongeacht het rechtskarakter van haar optreden, wordt ook tot uitdrukking gebracht door artikel 3:14 BW en artikel 3:1 lid 2 Awb. Ook de grondwetgever gaat hier terecht van uit.<sup>186</sup> Deze uitbreiding is in de doctrine van zulk wezenlijk belang geacht, dat zij wel wordt aangeduid als een eigen rechtsleer, de zogeheten gemengde rechtsleer.<sup>187</sup>

Belangrijke vraag die in dit kader rijst is welk handelen precies door de normen van publiekrechtelijke herkomst worden beheerst. Deze normen gelden in beginsel voor al het overheidsoptreden. Waar wordt hier de magische lijn getrokken? De burgerlijke rechter knoopt voor de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan bij het begrip *bestuursorgaan*. Op instellingen die niet de status hebben van bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb zijn deze rechtsbeginselen niet van toepassing.<sup>188</sup> Wij komen hierop zo nog terug.

Door de rechtstreekse toetsing aan normen van publiekrechtelijke herkomst ontwikkelde de burgerlijke rechter zich nog meer tot een volwaardige achtervang voor de bestuursrechter. Weliswaar zijn de normen van publiekrechtelijke herkomst

<sup>182</sup> Asser-Scholten, *Algemeen deel* (3<sup>e</sup> druk), Zwolle 1974, p. 26 e.v. Zie voorts met name F.G. Scheltema, 'Het grensterrein van publiek- en privaatrecht', *RM Themis* 1927, p. 233 e.v. Zie thans Schlössels & Zijlstra 2010, p. 503 e.v.

<sup>183</sup> Asser-Scholten 1974, p. 31, 32.

<sup>184</sup> F.J. van Ommeren, 'Een andere visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Van de "gemene rechtsleer" naar de "gemeenschappelijke rechtsleer"', *Ars Aequi* 2012, p. 570 e.v. (hierna Van Ommeren 2012a).

<sup>185</sup> HR 27 maart 1987, AB 1987, 273; AB Klassiek 2009, nr. 13, m.nt. M. Scheltema (Amsterdam/Ikon).

<sup>186</sup> Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15.

<sup>187</sup> D.A. Lubach, 'De verhouding privaatrecht-publiekrecht in het licht van het NBW', in: D.A. Lubach & W.A.M. van Schendel, *Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht* (Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XCIV), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 14.

<sup>188</sup> HR 4 april 2003, AB 2003, 365, m.nt. FvO (RZG/Comformed).

nu volledig van toepassing, in de benadering van de gemengde rechtsleer worden publiekrechtelijke overeenkomsten evenwel (nog steeds) privaatrechtelijk van aard geacht. Hetzelfde geldt voor het publiekrechtelijk feitelijk handelen van de overheid. In zoverre bracht de gemengde rechtsleer in het geldende recht geen wezenlijke verandering: de gemengde rechtsleer wortelt in de gemene rechtsleer.

Het arrest Amsterdam/Ikon werd destijds in de doctrine meteen van groot belang geacht. Het toepasselijke recht is zozeer een mengeling geworden van normen van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke herkomst, dat de vraag rees of met betrekking tot het materiële recht nog wel een fundamenteel onderscheid kon worden gemaakt. Hirsch Ballin betrok zelfs de stelling dat de rechtsontwikkeling ertoe tendeert het belang van de kwalificatie te reduceren tot haar procesrechtelijke consequenties (met inbegrip van de rechterlijke competentie).<sup>189</sup> Dat is een stelling die naadloos past bij de gemengde rechtsleer. Het is een stelling die aansluit bij de vrij breed gedeelde opvattingen over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht zo rond de jaren negentig van de vorige eeuw, waarin ervan werd uitgegaan dat in materieel opzicht publiek- en privaatrecht zozeer naar elkaar toegroeiden dat eigenlijk niet meer goed te zeggen zou zijn of een rechtsnorm nu een publiekrechtelijk of privaatrechtelijk karakter had. De verschillen tussen publiek- en privaatrecht zouden zich slechts nog bij de handhaving en in de formele sfeer manifesteren.

Hirsch Ballins opvatting is evenwel al opmerkelijk vroeg bestreden door Van Male. Hij vraagt zich af of men aldus niet de wezenlijke functies van het bestuursrecht – dat is met name: de bevoegdheid om met het oog op het algemeen belang eenzijdig de rechtspositie van de burger te kunnen bepalen (eenzijdige rechtsvorming) – niet te veel uit het oog verliest. Is het niet zuiverder, zo vraagt hij zich af, om deze ontwikkeling zo te beschouwen dat de open normen van privaatrecht bestuursrechtelijk worden ingekleurd wanneer de aard van het geschil daartoe aanleiding geeft.<sup>190</sup> Als dat zo is, tendeert de rechtsontwikkeling niet naar een vermindering van het onderscheid maar naar een onderstreping ervan. Het is nu iets gemakkelijker om in te zien dan destijds, maar we kunnen nu wel zeggen dat Van Male daarin gelijk heeft gekregen. Zijn visie vormt een uitstekende opstap naar de moderne rechtsleren, zoals de gemeenschappelijke rechtsleer en de invullende rechtsleer, die juist uitgaan van een verschillende aard van publiek- en privaatrecht.

Het is juist ook het gedachtegoed van de gemengde rechtsleer dat de ruimte biedt aan een inzicht dat destijds nog niet duidelijk in het positieve recht tot uitdrukking kwam, maar later van groot belang zou blijken. Namelijk dat bepaalde rechtsnormen en rechtsfiguren zo algemeen van aard zijn, dat niet gezegd kan worden dat zij typisch privaatrechtelijk of publiekrechtelijk zijn, maar als gemeenschappelijk recht analytisch aan dit onderscheid voorafgaan.<sup>191</sup>

---

189 E.M.H. Hirsch Ballin, 'Voorbij het onderscheid van publiekrecht en privaatrecht', in: J.A.F. Peters & M.H. Kobussen (red.), *Bestuursrecht en nieuw B.W.*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 15.

190 R.M. van Male, 'De administratieve rechter: geheel of gedeeltelijk bevoegd?', in: *Reorganisatie van de rechterlijke macht*, Staatsrechtconferentie 1989, Lelystad: Vermande 1990, p. 53.

191 Met name A.R. Bloembergen, 'De eenheid van privaatrecht en administratief recht', *WPNR* 1977, nr. 5372-5375 en A.R. Bloembergen, 'Overheidsprivaatrecht: schets van een algemeen deel', *WPNR* 1992, nr. 6074, p. 950 e.v. benadrukte dit al vroeg.

## 6.4 De gemeenschappelijke rechtsleer en de eigen aard van de rechtsgebieden

In reactie op de gemene en de gemengde rechtsleer zijn er in de doctrine verschillende andere opvattingen – rechtsleren – over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht ontwikkeld. Kenmerkend voor deze rechtsleren is dat zij, anders dan de gemene en de gemengde rechtsleer, ook in materieel opzicht juist de *eigen aard* van de beide rechtsgebieden benadrukken.

De Awb-wetgever werd in het bijzonder met dit vraagstuk geconfronteerd bij de algemene regeling van de bestuursrechtelijke geldschulden in de Awb. Met de invoering van deze Awb-regeling rees de vraag naar de verhouding met de BW-voorschriften die (eveneens) op geldschulden betrekking hebben. In de memorie van toelichting is daarover in het bijzonder het volgende opgemerkt:

‘In de eerste plaats geldt dat de regels in het BW primair zijn geschreven voor privaatrechtelijke verhoudingen. Dit brengt met zich dat deze regels niet zonder meer van toepassing zijn op het terrein van het bestuursrecht. In de tweede plaats dient als leidraad dat ondanks dit onderscheid nodeloze verschillen tussen het bestuursrecht en het privaatrecht moet worden vermeden.’<sup>192</sup>

De Awb-wetgever gaat hier voor het toepasselijke recht uit van een tweedeling. In beginsel zijn de regels van het BW niet geschreven voor bestuursrechtelijke verhoudingen. Ook het omgekeerde geldt: de bestuursrechtelijke wetgeving is geschreven voor bestuursrechtelijke verhoudingen en geldt in beginsel niet in een ander gebied.<sup>193</sup>

Uitgangspunt in deze benadering is dat op de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden primair bestuursrecht van toepassing is. Daarbij is het van belang om in te zien dat bestuursrechtelijke wetgeving van wezenlijk *andere aard* is dan privaatrechtelijke wetgeving. Hoewel vrijwel alle wetgeving beoogt het gedrag van de burger direct of indirect te beïnvloeden, doet bestuursrechtelijke wetgeving dat over het algemeen op andere wijze dan privaatrechtelijke wetgeving. Bestuursrechtelijke wetgeving kent bestuursbevoegdheden toe aan bestuursorganen. Dat geeft het bestuursorgaan de bevoegdheid om eenzijdig de rechtspositie van de burger vast te stellen. Aan de hand van die wetgeving moeten bestuursorganen beslissingen nemen. Bestuursrechtelijke wetgeving – ongeacht of het om wetgeving in formele zin gaat, AMvB's, ministeriële regelingen of om wetgeving van decentrale overheden – bestaat in de kern uit beslissingsregels.<sup>194</sup> Uiteindelijk dragen veel van die beslissingen – maar lang niet alle – het karakter van besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb. Bestuursrechtelijke wetgeving wordt in de regel met sancties gehandhaafd door bestuursorganen. Essentieel is dat bestuursrechtelijke wetgeving stringente regels biedt waaraan bestuursorganen zich moeten houden teneinde de belangen

<sup>192</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 14.

<sup>193</sup> Ook in de literatuur wordt dit als uitgangspunt genomen voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht: Scheltema & Scheltema 2008, p. 4.

<sup>194</sup> Donner 1987, p. 72 e.v.

van de burger te waarborgen. Het karakter van bestuursrechtelijke wetgeving verschilt daarmee wezenlijk van privaatrechtelijke wetgeving, die immers nu juist geen bestuursbevoegdheden toekent noch daarvoor specifieke waarborgen bevat. Hoewel op dit soort algemene typeringen het nodige valt af te dingen – er zijn steeds meer wettelijke mengvormen<sup>195</sup> – is daardoor wel het inzicht gegroeid dat privaatrechtelijke wetgeving niet vanzelfsprekend van toepassing is in bestuursrechtelijke verhoudingen noch dat bestuursrechtelijke wetgeving vanzelfsprekend van toepassing is in privaatrechtelijke verhoudingen.

Het is overigens opmerkelijk dat in de doctrine betrekkelijk weinig aandacht wordt geschonken aan de eigen aard van bestuursrechtelijke wetgeving. De achtergrond van dit gebrek aan aandacht is vermoedelijk mede gelegen in de *gemene rechtsleer*, die dit onderscheid tussen beide soorten recht van oudsher nu juist relativeert.<sup>196</sup>

De benadering van de Awb-wetgever kent evenwel een zeer belangrijke nuance. Terwijl enerzijds de verschillen tussen bestuursrecht en privaatrecht worden benadrukt, worden tegelijkertijd de gemeenschappelijke aspecten onderstreept. Nodeloze verschillen moeten worden voorkomen, omdat deze het rechtssysteem ingewikkelder en minder geloofwaardig maken.<sup>197</sup> Het uitgangspunt dat bestuursrecht en privaatrecht rechtsgebieden van wezenlijk verschillende aard zijn, laat onverlet dat er desondanks wel de nodige gemeenschappelijke regels gelden. De Awb-wetgever benadrukt dat bevorderd moet worden dat voor beide rechtsgebieden zo veel mogelijk *gemeenschappelijke* regels gelden.<sup>198</sup> Bij die gemeenschappelijke regels valt vooral aan gemeenschappelijke rechtsfiguren en begrippen, algemene rechtsbeginselen en (zeer) algemene rechtsregels te denken.

De rechtsfiguur van de rechtsbetrekking is goed te beschouwen als een voorbeeld van een dergelijke zeer algemene, gemeenschappelijke rechtsfiguur. Die rechtsfiguur kan in het privaatrecht en in het bestuursrecht waar nodig een verschillende uitwerking krijgen. Wij hebben hiervoor de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking uitdrukkelijk onderscheiden van de privaatrechtelijke verbintenis: beide zijn weliswaar rechtsbetrekkingen, maar de verbintenis is tevens een verplichting, terwijl de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking een bevoegdheid inhoudt.

Het ligt in de rede dat dit in de vierde tranche van de Awb gekozen uitgangspunt voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht ook gaat gelden voor de figuur van de *bestuursrechtelijke rechtsbetrekking* (daargelaten of we het nu hebben over besluitgerelateerd feitelijk bestuurshandelen, een bevoegdhedenovereenkomst of ander bestuurshandelen). Privaatrechtelijke wettelijke regels zijn immers niet geschreven voor bestuursrechtelijke verhoudingen. De toepassing van dit soort voorschriften op de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking kan relatief gemakkelijk geforceerd of verkeerd uitpakken.

---

195 Een berucht voorbeeld is de Wet handhaving consumentenbescherming, waarover S.E. Zijlstra, 'Verwachting: De Wet handhaving consumentenbescherming: wel een andere overheid, maar een iets minder bruikbare rechtsorde', NTB 2006, p. 314-315.

196 Het is geen toeval dat Van der Hoeven 1989, p. 159 de eigen aard van bestuursrechtelijke wetgeving juist benadrukt in zijn kritiek op de *gemene rechtsleer*.

197 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 16.

198 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 16.

Toch zouden wij hier bij het uitgangspunt van de vierde tranche evenwel een kanttekening willen plaatsen. Zoals zoveel algemene uitgangspunten kunnen zij op verschillende manieren worden uitgewerkt. De Awb-wetgever trekt uit het gekozen uitgangspunt de gevolgtrekking dat als een onderwerp, zoals de bestuursrechtelijke geldschulden, in de Awb wordt geregeld, die regeling in beginsel uitputtend moet zijn.<sup>199</sup> Dit betekent dat als het privaatrecht al een soortgelijke regel kent, die toch in de Awb moet worden opgenomen. Soms moet die privaatrechtelijke regel worden aangepast, omdat zij nu voor bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen gaat gelden, maar soms is een aanpassing niet nodig. Het gevolg is dat in de geldschuldentitel van de Awb soms bepalingen uit het BW letterlijk zijn overgenomen of van overeenkomstige toepassing zijn verklaard.<sup>200</sup> De vraag is of dat steeds wenselijk is. Goed voorstelbaar is een systeem waarin het bestuursrecht, de Awb, de van het BW afwijkende regels bevat en de rechter voor het overige, waar dat past, analoog gebruik maakt van de geschreven privaatrechtelijke regels.

Ofschoon wij het uitgangspunt van de vierde tranche onderschrijven – de regels van het ene terrein zijn niet zonder meer geschikt voor toepassing op het andere terrein – staat dat niet in de weg aan een meer genuanceerde uitwerking, die een *coherente samenhang* tussen het geschreven bestuursrecht en privaatrecht kan bewerkstelligen. Het zou onze voorkeur hebben dat onderwerpen waarin het publiekrecht wezenlijk verschilt van het BW in de Awb worden geregeld, maar voor het overige voor zover mogelijk het BW analoog wordt toegepast, waarbij de rechter de ruimte heeft, daar waar nodig, deze voorschriften zo te interpreteren dat zij toepasbaar zijn in bestuursrechtelijke verhoudingen.<sup>201</sup> Wij zullen dat aan het slot van dit hoofdstuk illustreren voor de figuur van de bevoegdhedenovereenkomst.

## 6.5 Een multifunctioneel en contextgevoelig onderscheid

Ook met de versterking van het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in het bestuursrecht blijft het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht langs verschillende lijnen lopen. De keuze van het geschikte criterium voor het trekken van de grens tussen publiek- en privaatrecht wordt mede bepaald door het oogmerk waarvoor het onderscheid wordt gemaakt. Voor de toegang tot de bestuursrechter vervult het begrip ‘bestuursorgaan’ slechts indirect, immers als element van het begrip besluit, een belangrijke functie. Dat wordt niet anders als de weg naar de bestuursrechter wordt geopend voor bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen (zoals in hoofdstuk 4 aan de orde kwam). Maar op het vlak van het toepasselijk recht is de functie van het begrip bestuursorgaan veel directer. Immers bij de burgerlijke rechter is voor de vraag of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in een

---

199 Th. G. Drupsteen, ‘Gemeen spul’, in: H. Koning & E.M.J. Crombag (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 106.

200 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 17.

201 Zie eerder: Van Ommeren 2010, p. 734 en 735 en Huisman 2012a, p. 698.



verhouding kunnen worden toegepast, doorslaggevend of er sprake is van overheidsoptreden, meer precies of er sprake is van een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb.

Met andere woorden: voor de toegang tot de bestuursrechter is naar huidig recht het besluit het aanknopingspunt, maar voor de toepassing van de normen van publiekrechtelijke herkomst, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, is het aanknopingspunt voor de burgerlijke rechter het overheidsbegrip of, meer precies, het bestuursorgaanbegrip in de zin van artikel 1:1 Awb. Kortom, er zijn (minstens) twee fundamentele afbakeningscriteria in ons bestuursrecht die verschillend van aard zijn en elk hun eigen oogmerk hebben: het begrip bestuursorgaan en het besluitbegrip.

Wanneer we de toegang tot de bestuursrechter uitbreiden tot de bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen (in de hiervoor omschreven zin) dan blijven er nog steeds twee verschillende maatstaven fungeren, één voor de toegang tot de bestuursrechter en één voor het toepasselijke bestuursrecht. In veel gevallen zullen die twee werelden samenvallen, maar dat is lang niet altijd het geval. De discongruentie tussen de toegang tot de rechter en de aard van het toepasselijke recht verdwijnt niet door in het bestuursrecht de bestuursrechtelijke rechtsverhouding meer centraal te stellen. De verhoudingen wijzigen echter wel.

Deze discongruentie is misschien complicerend, maar we hoeven er niet van op te kijken. In een steeds complexer wordende samenleving is het raadzaam het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht te begrijpen als een multifunctioneel en contextgevoelig onderscheid.<sup>202</sup> Het onderscheid is multifunctioneel in de zin dat het van het oogmerk waarvoor het onderscheid wordt gemaakt afhangt welke criteria worden aangelegd. Is dat oogmerk de vaststelling van het toepasselijke recht dan kan dat een ander criterium zijn dan als dat voor de toegang tot de bestuursrechter is. En gesteld dat zulks met een nog weer een ander oogmerk gebeurt, dan zullen dat ook nog weer andere criteria kunnen zijn.<sup>203</sup> Het onderscheid is ook contextgevoelig in die zin dat de keuze voor het juiste criterium mede afhankelijk is van de juridische omgeving. Bijvoorbeeld voor de toegang tot de bestuursrechter is, hiervoor, immers de leidende gedachte geweest dat de bestuursrechter kennis moet kunnen nemen van het gehele geschil. Terwijl voor het toepasselijke recht de gedachte veeleer is dat de overheid, ongeacht aan de hand van welk soort instrumenten zij optreedt, gebonden behoort te zijn aan normen van publiekrechtelijke herkomst.<sup>204</sup>

---

202 Vgl. Jurgens & Van Ommeren 2009, p. 108-110 en Gerdy Jurgens & Frank van Ommeren, 'The Public-Private Divide in English and Dutch Law: a Multifunctional and Context-Dependant Divide', *Cambridge Law Journal* 2012, vol. 71 (1), p. 172 e.v.

203 Bijv. voor de vraag hoe en door wie publiekelijk verantwoording moet worden afgelegd.

204 Dit was ook de gedachte van de regeling bij de algehele grondwetswijziging van 1983, zie *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15.

## 6.6 Een stap verder: de bestuurlijke rechtsbetrekking en de invullende rechtsleer

Zouden we evenwel voor de toegang tot de bestuursrechter het niet laten bij de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking maar doorstoten naar de *bestuurlijke* rechtsbetrekking – en dus bepalend achten of het bestuur handelt – dan is in theorie het goed mogelijk de discongruentie drastisch te reduceren of zelfs geheel te laten verdwijnen. Het groeimodel laat die ruimte. In dat geval zou voor beide rechtsvragen – toegang tot de bestuursrechter en toepasselijk bestuursrecht – dezelfde maatstaf gelden: het bestuursorgaanbegrip. Daarbij zou dit begrip, indien gewenst, eventueel iets anders kunnen worden afgebakend dan tot op heden is gebeurd (een overheidsbegrip). Dit zou ogenschijnlijk een veel eenvoudiger systeem opleveren. Dan zou ook in ons rechtstelsel gaan gelden dat de bestuursrechter de rechtsregels en rechtsbeginselen van het bestuursrecht toepast en de burgerlijke rechter het civiele recht. De behoefte aan een burgerlijke rechter die normen van publiekrechtelijke herkomst toepast, zou in dat geval veel minder worden en wellicht zelfs verdwijnen.

De figuur van de bestuurlijke rechtsbetrekking sluit, naar het ons voorkomt, goed aan bij een benadering van de verhouding tussen publiek- en privaatrecht die de *invullende* rechtsleer heet. In deze benadering handelt de overheid altijd publiekrechtelijk. Dit heeft als gevolg dat op *iedere* activiteit van de overheid altijd de regels van publiekrecht van toepassing zijn.<sup>205</sup> De leemten die het publiekrecht laat wanneer men zoekt naar toepasselijke rechtsnormen voor overheidshandelen, vult men op met ongeschreven publiekrecht, waarvoor zo nodig inspiratie kan worden geput uit het privaatrecht. Het gaat om het invullen van het ongeschreven publiekrecht, waarbij het Burgerlijk Wetboek een belangrijke functie vervult. Er is dan geen sprake van privaatrecht, maar van publiekrecht; de regels van het BW worden geabsorbeerd door het publiekrecht bij toepassing op overheidshandelen.<sup>206</sup> De invullende rechtsleer benadrukt dat privaatrecht en publiekrecht als verschillende rechtsgebieden moeten worden gezien. Sterker: de overheid kan niet privaatrechtelijk handelen. De overheid kan en mag zich in de ogen van de aanhangers van deze leer via het privaatrecht geen bevoegdheden verschaffen waarvoor in het publiekrecht geen grondslag is te vinden. Wanneer de overheid dit toch doet dan levert dit strijd op met het legaliteits- en specialiteitsbeginsel. De overheid moet bevoegd zijn om te handelen en kan haar bevoegdheid niet ontleen aan het privaatrecht, maar alleen aan het (geschreven of ongeschreven) publiekrecht.<sup>207</sup> De invullende rechtsleer gaat daarmee nog een flinke stap verder dan de gemeenschappelijke rechtsleer.

In theorie ziet het rechtssysteem er aldus prachtig, want helder en systematisch geordend, uit. Het harde criterium in deze benadering is dus het overheidsbegrip. De reikwijdte van het overheidsbegrip wordt voor vrijwel alles bepalend. Het is echter zeer de vraag of het mogelijk is een dergelijk dichotomisch geordend rechtsmodel te blijven nastreven. Het houdt te weinig rekening met de vermaatschappelijking van

---

205 A.Q.C. Tak, 'Overheid en Burgerlijk Wetboek. Naar een invullende rechtsleer', *Recht en kritiek* 1993, p. 180.

206 Tak 1993, p. 189.

207 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 519.



de private samenleving. Het valt te betwijfelen of het zin heeft voor de normering het groeimodel zo ver te willen doortrekken. Kernpunt van ons bezwaar is dat de invullende rechtsleer het belang van het bevorderen van gemeenschappelijke rechtsnormen, zoals terecht door de Awb-wetgever en de aanhangers van de gemeenschappelijke rechtsleer tot uitgangspunt genomen, te veel veronachtzaamd.

Zien we het goed, dan tendeert de rechtsontwikkeling op het vlak van de normering in een andere richting. Want hoewel de tijd voorbij is dat we met recht kunnen zeggen dat regels die voor het ene rechtsgebied gelden vanzelfsprekend ook van toepassing zijn in het andere rechtsgebied, is er óók een toenemende behoefte aan convergentie tussen bestuursrecht en privaatrecht: het is van belang op zoek te blijven gaan naar gemeenschappelijke principes en uitgangspunten.<sup>208</sup> Dat heeft vooral te maken met de omstandigheid dat de overheid niet de enige speler is die het algemene belang behartigt. Integendeel, juist in onze samenleving met zijn van oudsher sterk ontwikkelde maatschappelijk middenveld ('civil society'), zijn er allerlei privaatrechtelijke instellingen die een *publieke taak* behartigen, te denken valt aan woningcorporaties, instellingen van bijzonder onderwijs, instellingen van gezondheidszorg et cetera. Deze instellingen hebben niet de status van bestuursorgaan. En daar blijft het niet bij. Ook allerlei commerciële ondernemingen beogen mede een deel van de publieke taak te behartigen; te denken valt hier met name aan het sterk in opkomst zijnde verschijnsel van het maatschappelijk verantwoord ondernemen.<sup>209</sup> En dan hebben we het nog niet eens over allerlei (op winst gerichte) ondernemingen die weliswaar geen publieke taak behartigen, maar wel governancecodes en dergelijk in acht nemen, waarin in wezen ook weer publiekrechtelijkachtige normen in zijn opgenomen, zoals verantwoordingsnormen.<sup>210</sup> Een vraag die in verband hiermee ook rijst is in hoeverre normen van publiekrechtelijke herkomst van toepassing zouden moeten zijn op private instellingen die een publieke taak behartigen.<sup>211</sup>

Daar komt bij dat ook privaatrechtelijke normen een eigen inkleuring kunnen krijgen. Is de zorgvuldigheid die het bestuur bij de tenuitvoerlegging van bestuursdwang in acht moet nemen bestuursrechtelijk van aard omdat er een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is? Of is zij privaatrechtelijk van aard omdat, althans zolang, de burgerlijke rechter toetst? Naar aanleiding van de rechtstreekse toetsing door de burgerlijke rechter aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is al jaren geleden in de civielrechtelijke literatuur opgemerkt dat hetzelfde resultaat kan worden bereikt door de open privaatrechtelijke normen (redelijkheid en billijkheid

---

208 J.H. Nieuwenhuis, 'Op gespannen voet. Een evenwichtstheorie over de betrekkingen tussen het publieke en het burgerlijke recht', NJB 1998, p. 9 e.v., Scheltema & Scheltema 2008, p. 4, W. van Gerven & S. Lierman, *Algemeen deel. Veertig jaar later*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 524, Van Ommeren 2012a, p. 572. En voorts de Awb-wetgever: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 16.

209 A.J.A.J. Eijssbouts e.a., 'Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?', in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (preadviezen NJV), Deventer: Kluwer 2010.

210 F.J. van Ommeren, 'De betekenis van de governancebenadering voor het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht', in: C.H.C. Overes & W.J.M. van Veen (red.), *Met recht betrokken*, Deventer: Kluwer 2012, p. 216 e.v. (hierna: Van Ommeren 2012b) en F.J. van Ommeren, 'Law and Governance in the Public Domain: A conceptual analysis of the juridical meaning of governance and governance-areas', in: Aurelia Colombi Ciacchi (ed.), *Governance meets Law*, Cambridge University Press 2014 (te verschijnen).

211 Zie hierover uitvoerig – en ontkennend – Zijlstra 2008, p. 81 e.v.

en zorgvuldigheid) anders uit te leggen.<sup>212</sup> De vraag wordt dan in hoeverre privaatrechtelijke normen anders van inhoud worden (meer publieke trekken krijgen) indien ter uitvoering van een publieke taak wordt opgetreden.

Tegen deze achtergrond is het heel zinvol een zo scherp mogelijk onderscheid te blijven maken tussen een publiek- en privaatrechtelijke rechtsorde, als onderdelen van een meergelaagde rechtsorde – in het kader van dit preadvies is het voor de hand liggende voorbeeld de toegang tot de rechter – maar dient tegelijkertijd onder ogen te worden gezien dat op allerlei maatschappelijke terreinen de publiek- en privaatrechtelijke normering naar elkaar toegroeit en het onderscheid aldaar diffuser wordt. Het is belangrijk dat er in een rechtsstelsel ook mechanismen zijn die ervoor zorgen dat publiekrecht en privaatrecht niet verder dan nodig uit elkaar groeien en elkaar blijven bevruchten. Een beperking van de wereld van het recht tot uitsluitend een tweedeling is dan geen wenkend perspectief. Ook om die reden vinden wij het niet wenselijk de *bestuurlijke* rechtsbetrekking als toekomstideaal na te jagen.

## 6.7 Enige materiële wetgeving voor de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking?

Aparte aandacht in een toekomstvisie vergt de volgorde waarin nieuwe stappen het best kunnen worden gezet. Wat wordt het eerst geregeld: het materiële recht of de toegang tot de rechter? Zo rijst de vraag of de bestuursrechter wel in staat is om – via de band van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking – geschillen over besluitgerelateerd feitelijk handelen en publiekrechtelijke overeenkomsten te beslechten nu daarover in algemene zin materieelrechtelijk vrijwel niets is geregeld.

Idealiter ligt het voor de hand om eerst enige materieelrechtelijke bepalingen in de wet op te nemen (daarop wordt immers een eventuele aanspraak gebaseerd) en vervolgens de rechtsbescherming te regelen (de vordering en de uitspraakbevoegdheid): dan weten burger en bestuur immers waar zij aan toe zijn en dan weet de rechter aan de hand van welke gronden hij zijn toetsing dient te verrichten. Toch leren de ervaringen met de Awb tot nu toe dat een materieelrechtelijke regeling niet steeds noodzakelijk is. Zo zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur eerst gedurende enige decennia vooral in de rechtspraak ontwikkeld voordat zij langzaam maar zeker in bestuursrechtelijke wetgeving werden uitgewerkt.<sup>213</sup> En zo springt thans in het oog dat de nieuwe titel 8.4 Awb, die is ingevoegd door de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten, geen materieelrechtelijke bepalingen kent. Materiële voorschriften over de aansprakelijkheid ontbreken: wanneer is er sprake van onrechtmatigheid, hoe zit het met de relativiteit, de toerekenbaarheid, de causaliteit en de vaststelling van de schade?

---

212 J.B.M. Vranken, 'Wisselwerking tussen privaatrecht en bestuursrecht', in: J.A.F. Peters en M.H. Kobussen (red.), *Bestuursrecht en nieuw B.W.*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 27. Zie in dezelfde bundel ook W. Snijders, a.w., p. 57, die dezelfde opvatting huldigt. Vgl. overigens al eerder uit bestuursrechtelijke hoek: W. Duk, 'De zachte kern van het bestuursrecht', *RM Themis* 1978, p. 568.

213 Zie P. Nicolaï, *Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1990.

Ook artikel 8:73 Awb zweeg hierover. Zoals bekend, ontwikkelt de bestuursrechter zijn eigen aansprakelijkheidsmaatstaven voor de toekenning van schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten, die zeer dicht aanliggen tegen die van de burgerlijke rechter, maar daarvan soms iets afwijken.<sup>214</sup>

Iets dergelijks laat zich ook voor de toetsing van publiekrechtelijke overeenkomsten door de bestuursrechter denken: voor zover de bestuursrechtelijke wetgeving geen materiële gronden aanreikt, zal hij het privaatrecht analoog kunnen toepassen en voor zover nodig zijn eigen toetsingsmaatstaven kunnen ontwikkelen. Daarbij komt dat de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 Awb van overeenkomstige toepassing zijn op dit soort bestuurshandelen, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet (art. 3:1, tweede lid, Awb).

Niettemin heeft een algemene wettelijke regeling voor bevoegdhedenovereenkomsten naar ons idee een aantal voordelen. In het licht van de grondwettelijke opdracht algemene regels van bestuursrecht vast te stellen (art. 107 lid 2 Gw) vormt tot op heden het ontbreken daarvan een opmerkelijk hiaat.<sup>215</sup> De voor de hand liggende plaats voor een dergelijke regeling is een hoofdstuk in de Awb.<sup>216</sup> Het regelen van de rechtsbescherming tegen publiekrechtelijke overeenkomsten vormt dan het sluitstuk van die regeling.

Een voordeel van een algemene wettelijke regeling is dat het buiten twijfel stelt dat er bevoegdhedenovereenkomsten gesloten kunnen worden en dat daarbij het bestuursorgaan partij is. Tevens wordt het eenvoudiger voor het bestuur de overeenkomst bij de motivering van besluiten te betrekken. Aan de andere kant wordt door de regeling ook de positie van de wederpartij van het bestuur én van derden verstevigd. Een wettelijke regeling kan buiten kijf stellen dat het geoorloofd afwijken van de bevoegdhedenovereenkomst het bestuur niet ontslaat van zijn schadevergoedingsplicht tegenover de wederpartij bij het contract. De positie van derden wordt met name verstevigd door de hoorplicht en de verplichte bekendmaking van het contract. Daarmee wordt voorkomen dat zij pas in een (te) laat stadium op de hoogte raken van afspraken, die hun (rechts)positie kunnen beïnvloeden.<sup>217</sup>

Ook wanneer het bestuursrecht een eigen algemene wettelijke regeling bevat over bevoegdhedenovereenkomsten, blijft de verhouding met de privaatrechtelijke regels relevant. Het is naar ons idee vooral zinvol in de Awb een regeling op te nemen voor bevoegdhedenovereenkomsten voor zover er behoefte is aan voorschriften

---

<sup>214</sup> Vgl. ABRvS 15 december 2004, AB 2005, 54, m.nt. dG (Meerssen) met HR 13 oktober 2006, NJ 2007, 137, m.nt. MRM; AB 2007, 70, m.nt. GAvdV (Enschedé/Gerridzen) en HR 19 december 2008, NJ 2009, 146 m.nt. M.R. Mok; AB 2010, 147, m.nt. F.J. van Ommeren (Hoogland). Waarover G.A. van der Veen, 'Aansprakelijkheid voor beslissingen in primo en causaal verband', NTB 2011, p. 298 e.v.

<sup>215</sup> Volgens Schlössels & Zijlstra 2010, p. 923 valt met een wettelijke regeling weinig winst te boeken.

<sup>216</sup> Zie voor een voorstel voor een mogelijke regeling in de Awb: Van Ommeren 2010, p. 717 e.v. Zie voorts uitvoerig over de karakteristieken van een mogelijke regeling in de Awb: Huisman 2012a, p. 623 e.v. en P.J. Huisman, 'De huidige en wenselijke plaats van de bevoegdhedenovereenkomst: naar een regeling in de Algemene wet bestuursrecht', NTB 2012, p. 253 e.v. (Huisman 2012b).

<sup>217</sup> Van Ommeren 2010, p. 732.

die afwijken van de regels over obligatoire overeenkomsten in het BW of deze aanvullen. Het is daardoor niet nodig om in de Awb ter zake een uitputtende regeling op te nemen. Wanneer de Awb zwijgt, zal het BW naar analogie toegepast kunnen worden. Daarbij moet er rekening mee worden gehouden dat deze regels niet rechtstreeks voor bevoegdhedenovereenkomsten zijn geschreven en daar dus ook niet rechtstreeks op van toepassing zijn. Te wijzen valt bijvoorbeeld op de totstandkoming van bevoegdhedenovereenkomsten. Het Awb-hoofdstuk zou daarvoor het voorschrift kunnen bevatten dat derdenbelanghebbenden in beginsel gehoord moeten worden. De regel, zoals die in artikel 6:217, eerste lid, BW is vervat, dat een overeenkomst tot stand komt door een aanbod en de aanvaarding zou naar analogie op bevoegdhedenovereenkomsten toegepast kunnen worden. Het betreft een algemene rechtsregel van publiek- en privaatrecht, die wel in het BW maar niet in de Awb is gecodificeerd. Het is naar onze mening weinig zinvol deze regel nu ook in de Awb op te nemen, aangezien dat niets zou toevoegen. Dat zou twee gescheiden systemen met een overvloed aan wettelijke regels opleveren. Deze aanpak sluit aan bij de door de wetgever voor de vierde tranche van de Awb gekozen benadering, met evenwel dit verschil in uitwerking dat de Awb-regeling niet volledig uitputtend behoeft te zijn.

Voor de uitvoeringsovereenkomsten lijkt er op het eerste gezicht minder behoefte aan een algemene materieelwettelijke regeling. Vermoedelijk zal vooralsnog kunnen worden volstaan met enige voorschriften voor specifieke uitvoeringsovereenkomsten, zoals de subsidie-uitvoeringsovereenkomst (art. 4:36 Awb).

Nagedacht zal ook moeten worden over het besluitgerelateerde feitelijk handelen. Moeten daarvoor eveneens materieelrechtelijke regels komen? Wat de voorbereidingshandelingen betreft zal veel via de band van de toetsing aan het vertrouwensbeginsel kunnen verlopen. Een belangrijk punt is of het bestuursorgaan verplicht is om op een verzoek om een bestuurlijk rechtsoordeel te reageren. Voor zover de voorgelegde feitenconstellatie en de vigerende wettelijke regels voldoende vaststaan, zou dat onzes inziens wel het geval behoren te zijn. De Dienstenwet bevat al belangrijke voorzieningen in deze richting.

Ingevolge artikel 12 Dienstenwet verstrekt een bevoegde instantie een dienstverrichter op diens verzoek algemene informatie over de gebruikelijke uitleg en toepassing van de betrokken eisen of vergunningstelsels. Deze informatie wordt zo spoedig mogelijk verstrekt, is actueel en ondubbelzinnig. Waar passend wordt de informatie verstrekt in de vorm van een handleiding. De bevoegde instantie kan niet volstaan met een verwijzing naar de vigerende regels. Deze verplichting impliceert echter niet dat deze instantie in individuele gevallen juridisch advies moet verstrekken, maar heeft alleen betrekking op algemene informatie over de manier waarop de eisen gewoonlijk worden geïnterpreteerd of toegepast (vgl. art. 7, zesde lid, Dienstenrichtlijn).

Niet goed valt in te zien waarom de reikwijdte van deze informatieverplichtingen beperkt zou moeten blijven tot de eisen die gesteld worden aan het dienstenverkeer. Voor andersoortige vergunningen zou hetzelfde moeten gelden. In de literatuur is wel bepleit om in de Awb het voorschrift op te nemen dat het bestuursorgaan de belanghebbende op diens verzoek informatie verstrekt met betrekking

tot diens rechten en plichten ten opzichte van het bestuur.<sup>218</sup> Wij sluiten ons daarbij graag aan: voor zover de burger voldoende adequate informatie aanlevert over zijn feitelijke omstandigheden, is het aan het bestuursorgaan de toepasselijke bestuursrechtelijke wetgeving en andere regels (beleidsregels, interne regelingen etc.) uit te leggen en toe te passen, zodat de burger weet hoe zijn (mogelijk) toekomstige rechtspositie er in de ogen van het bestuur uitziet.<sup>219</sup> De rechtszekerheid die bestuursrechtelijke wettelijke en aanverwante regels heten te bieden, zou een wassen neus worden indien de burger niet kan varen op de interpretaties die het bestuursorgaan aan die regels geeft. Uit bewijsoogpunt zou deze voorziening de eis moeten bevatten dat het bestuursorgaan deze bestuurlijke oordelen in schriftelijke vorm meedeelt.<sup>220</sup> Dat zou de rechtszekerheid bij de burger op relatief gemakkelijke wijze kunnen vergroten.

Wie nu bij de gemeente informeert of hij voor een bepaalde activiteit een vergunning nodig heeft en daarvoor bij het loket een ontkennend antwoord krijgt en vervolgens aan de slag gaat, staat anders vrijwel met lege handen als later blijkt dat dit bestuurlijk rechtsoordeel onjuist was. Met de huidige elektronische voorzieningen is het in betrekkelijk veel eenvoudige gevallen in de praktijk niet meer zo heel lastig de bevindingen van de loketmedewerker kort op schrift te stellen.

Tegenargument dat hiertegen zonder twijfel wordt aangevoerd, is dat bestuursorganen bezorgd zullen zijn over het risico van aansprakelijkheidstelling dat hierdoor zou worden vergroot, wanneer blijkt dat zij onjuiste informatie hebben verstrekt. Dit risico moet evenwel worden afgewogen tegen de behoefte aan rechtszekerheid die de burger als vergunningaanvrager heeft.<sup>221</sup> Juist in een steeds complexer wordende samenleving is een betrouwbaar openbaar bestuur veel waard. Het bestuursrecht dient daarvoor de waarborgen te bevatten. Het risico van onjuiste informatie mag niet worden afgewenteld op de burger, maar moet worden neergelegd daar waar het thuishoort: bij de informatieverstrekker.

Mede gezien de ervaringen met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en met het besluitenansprakelijkheidsrecht lijkt het ons al met al niet noodzakelijk, vóórdat voor de toegang tot de bestuursrechter een voorziening is getroffen, ter zake enige materieelrechtelijke regels in de Awb op te nemen. Dat neemt niet weg

---

218 Vgl. M. Scheltema, *De wondere wereld van het bestuursrecht* (rede Groningen), Deventer: Kluwer 1997, p. 6, 7 en S.E. Zijlstra, 'Wetgeven in een democratische rechtsstaat', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 84, 85.

219 Vgl. Van Ommeren 2000, p. 113.

220 Het begrip 'schriftelijk' wordt in de Awb opgevat als: weergave door middel van schrifttekens. Niet relevant is wat de informatiedrager van die schrifttekens is. Een schriftelijk stuk in de zin kan op papier staan, maar dat hoeft niet. Ook kan gedacht worden aan een elektronische informatiedrager. Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 6.

221 Bovendien is denkbaar dat de onjuiste informatie niet behoeft te leiden tot een verplichting tot schadevergoeding wanneer daaraan andere gevolgen kunnen worden verbonden, bijv. dat tegen verrichtingen van de informatieaanvrager, ondanks hun strijdigheid met de wet, niet met sancties wordt opgetreden.

dat met name voor de bevoegdhedenovereenkomst en op het specifieke punt van de bestuurlijke rechtsoordelen – ook los van de stand van het bestuursprocesrecht – uiteindelijk een regeling van materieelrechtelijke aard wel wenselijk is.

## 6.8 Slot

De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is geen neutraal begrippenpaar. Een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking wordt primair beheerst door publiekrechtelijke normen. Door de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking een meer centrale positie te geven in het bestuursrecht, wordt de ontwikkeling van meer op het desbetreffende publiekrechtelijke handelen toegespitste publiekrechtelijke normering gestimuleerd.

Het centraal stellen van de bestuurlijke rechtsbetrekking – en hetzelfde geldt voor de invullende rechtsleer – zorgt voor een dichotomisch rechtssysteem, waarin publiekrecht en privaatrecht van elkaar gescheiden werelden vormen. Wij achten dit ook voor de verdere toekomst evenwel geen nastrevenswaardig ideaal. Een dergelijk systeem gaat voorbij aan het multifunctionele karakter van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht en de behoefte aan ontwikkeling van aan publiekrecht en privaatrecht gemeenschappelijke normen.

Wij hebben in dit hoofdstuk onder ogen gezien in hoeverre het noodzakelijk is dat de wetgever materiële regels geeft voor de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Hoewel het denkbaar is de ontwikkeling van de benodigde materiële rechtsregels aan de bestuursrechter over te laten, is het wenselijk dat er in de Awb ook enige materiële voorschriften komen.

## 7. Bestuursrechtelijke rechtsbescherming

### 7.1 Waarom bestuursrechtspraak?

Een bestuursrechtelijk rechtssysteem kent in principe eigen geschreven en ongeschreven normen én een eigen rechter, de bestuursrechter, met aparte procedures. Een bijzonderheid van het Nederlandse recht is evenwel dat de toetsing aan de bestuursrechtelijke normen niet exclusief is opgedragen aan de bestuursrechter.<sup>222</sup> De verdere invoering van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in het bestuursrecht brengt hier in principe geen verandering in. Ook bij een rechtsbeschermingssysteem waarin in beginsel de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking het object is, is de bestuursrechter niet de enige rechter die aan geschreven en ongeschreven bestuursrechtelijke regels en beginselen toetst. We gaan dan wel wat meer die kant op – de grens is verschoven – maar er is hier nog steeds een taak voor de burgerlijke rechter weggelegd.

In een rechtssysteem waarin, anders dan bij ons, de jurisdictie – zo men wil: het soort rechter – wordt bepaald door de aard van het toepasselijke recht, is het tamelijk evident dat er een vorm van bestuursrechtspraak is. In een dergelijk stelsel is het de primaire taak van de bestuursrechter om het bestuursrecht toe te passen en van de gewone of civiele rechter om het civiele recht toe te passen. Daarin is dan ook meteen de bestaansreden van een aparte bestuursrechter gelegen. Aangezien wij een dergelijk rechtssysteem niet hebben, spreekt het in ons rechtssysteem iets minder voor zichzelf waarom er separate algemene bestuursrechtspraak is. Er zullen ter onderbouwing daarvan dus andere – althans aanvullende – redenen moeten worden aangevoerd.

In de literatuur plegen verschillende argumenten voor bestuursrechtspraak te worden aangedragen.<sup>223</sup> Deze argumenten richten zich op het bestaan van een aparte bestuursrechter, maar meer nog op het bestaan van aparte procedures die nodig zijn. De meest genoemde zijn dat de toetsing van besluiten een andere activiteit is dan de vaststelling van de rechtsverhouding, dat de belangen van derdenbelanghebbenden een grote rol spelen en veel voorkomen, de cultuur van de goede toegang, de ongelijkheidscompensatie en de noodzaak tot specialisatie. Geen van

---

<sup>222</sup> Zie ook het vorige hoofdstuk.

<sup>223</sup> Zie met name Polak 1999, p. 128 e.v.; Schlössels 2003, p. 35 e.v., VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 32 e.v. Zie ook de samenvattingen van Backes 2009, p. 27 en De Poorter & De Graaf 2011, p. 104 e.v.



deze argumenten is op zichzelf doorslaggevend. De mate waarin zij meewegen, verschilt bovendien per bestuursrechtelijk deelterrein.

Het specialisatieargument geeft op zichzelf weinig houvast. Te betogen valt dat de burgerlijke rechter de meeste ervaring en expertise heeft zowel met het aansprakelijkheids- en contractenrecht als met allerlei (andere) feitelijke handelingen en dat die aangelegenheden daarom het best bij deze rechter thuishoren. Even goed kan worden gesteld dat de bestuursrechter de meeste ervaring en expertise heeft met de toetsing van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden en dat die aangelegenheden daarom het best bij deze rechter thuishoren. Een antwoord op de vraag bij welke rechter de publiekrechtelijke overeenkomsten en het besluitgerelateerde feitelijke bestuurshandelen thuishoren, kan enkel en alleen op grond van het specialisatieargument dan ook niet worden verkregen.

In ons rechtssysteem neemt ook de burgerlijke rechter van de nodige bestuursrechtelijke geschillen kennis. Bovendien geldt het specialisatieargument ook op andere rechtsterreinen; er zijn zowel nadere specialismen in het privaatrecht en in het bestuursrecht als, wellicht nog veel belangrijker, in allerlei functionele rechtsgebieden die zowel elementen van publiekrecht als privaatrecht bevatten. Dat pleit wel voor aparte kamers binnen de rechtsprekende macht maar niet noodzakelijk voor verschillende soorten rechters.

Wij delen de opvatting van de VAR-Commissie Rechtsbescherming dat het op de langere termijn geen goede benadering is om de verdeling van de rechtsmacht te blijven koppelen aan pragmatische gegevens, zoals de al bestaande specialisatie van rechters. De opvatting dat geschillen over aansprakelijkheid bij de burgerlijke rechter horen, omdat deze daarin is gespecialiseerd, spreekt ons niet aan: 'uiteindelijk vloeit specialisatie van rechters voort uit de rechtsmachtverdeling en niet omgekeerd'.<sup>224</sup> Datzelfde argument geldt uiteraard ook voor geschillen over overeenkomsten en feitelijk handelen. Het specialisatieargument dwingt niet tot een keuze. Dat neemt niet weg dat specialisatie in het recht op zichzelf een belangrijk fenomeen is.<sup>225</sup>

Voor de keuze harnemen wij ook hier de historische invalshoek. In ons rechtssysteem is de aard van de rechtsbetrekking van oudsher bepalend voor de rechtsmachtverdeling. Dat is immers de maatstaf op grond waarvan de beschikking en nu het (appellabele) Awb-besluit onder de rechtsmacht van de bestuursrechter komen. Niet valt in te zien waarom dit criterium niet voor de gehele bestuursrechtelijke rechtsbetrekking zou moeten gelden. Ons voornaamste punt is, zoals gezegd, dat een rechtsbetrekking niet in stukjes wordt geknipt en bij één rechter terechtkomt. Dat is in dit betoog nog belangrijker dan de vraag welke rechter van de geschillen kennisneemt. Gegeven de omstandigheid dat wij in Nederland – om de hiervoor genoemde redenen – een bestuursrechter hebben, ligt het onzes inziens voor de

---

<sup>224</sup> VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 90.

<sup>225</sup> Zie voor het belang van specialisatie in het bijzonder R.W.L. Loeb, 'Appèl op maat', in: *Beroep in herziening* (preadvies NJV), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 18 e.v. die aandacht besteedt aan de bijzondere vaardigheden waarover de bestuursrechter moet beschikken.



hand dat *déze* rechter zich over de hele rechtsbetrekking buigt.<sup>226</sup> Betogen dat de hele bestuursrechtelijke rechtsbetrekking naar de burgerlijke rechter moet worden overgeheveld zou immers volstrekt ongerijmd zijn. Bovendien, zo valt te verwachten, bevordert het onderbrengen van de gehele bestuursrechtelijke rechtsbetrekking bij een eigen rechter de ontwikkeling van het bestuursrecht op de langere termijn.<sup>227</sup>

In dit hoofdstuk wordt verkend op welke wijze de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking onder de rechtsmacht van de bestuursrechter kan worden gebracht.<sup>228</sup> In dit verband is het van belang onder ogen te zien wat men met een procedure bij de bestuursrechter wil bereiken en aan welke uitspraakbevoegdheden er derhalve behoefte is.

## 7.2 Het ‘traditionele’ vernietigingsberoep blijft de kern

Bij de kern van het bestuursrecht behoort een eigen, specifieke vorm van rechtsbescherming.

De vernietigingsactie die een centrale positie inneemt in het ‘besluitmodel’, voorziet in een groot aantal gevallen in een duidelijke behoefte. De (kern)taak van het bestuur bestaat uit het vormen of vaststellen van nieuw objectief recht door het nemen van besluiten. De vernietigingsactie is een effectieve actie om te bewerkstelligen dat publiekrechtelijke rechtsgevolgen, welke voortkomen uit de uitoefening van een bestuursbevoegdheid in strijd met het recht, uit de rechtsorde verdwijnen. Wanneer sprake is van een materieel onrechtmatig besluit, is de meest eenvoudige en effectieve oplossing immers het verwijderen van dit besluit uit de rechtsorde.<sup>229</sup>

De belanghebbende die niet wil dat er door zijn buurman wordt gebouwd, heeft in de regel meer aan een vernietiging van een omgevingsvergunning voor het bouwen dan aan een uitspraak waarbij deze vergunning jegens hem onrechtmatig wordt verklaard. Door de vernietiging wordt met terugwerkende kracht de toestemming van het college van burgemeester en wethouders om te bouwen ongedaan gemaakt. In het geval de omgevingsvergunning onrechtmatig zou worden verklaard, zou de belanghebbende ook een verbod tot gebruikmaking van de vergunning moeten vorderen of een gebod tot intrekking van de vergunning.<sup>230</sup> Uit het oogpunt van rechtsbescherming en rechtszekerheid is de vernietigingsactie in de hiervoor geschetste situatie te prefereren.

---

226 Vgl. Scheltema 2009, p. 214: ‘Rechter en rechtsgebied horen bij elkaar. Wanneer er voor het bestuursrecht een afzonderlijke rechter bestaat, zou die ook over alle bestuursrechtelijke vragen moeten oordelen.’

227 Vgl. VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 90.

228 Zie over de bestuursrechtelijke procedures de preadviezen van Van der Veen en De Graaf.

229 N. Verheij, ‘Van besluit naar vordering? Vragen bij een Maastrichts bestuursprocesrecht’, in: M.A. Heldeweg e.a. (red.), *Uit de school geklapt? Opstellen uit Maastricht*, Den Haag 1999, p. 279 (hierna: Verheij 1999b).

230 VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 41.

Het vernietigingsberoep is primair gericht op de vernietiging van het besluit, niet op de vaststelling van de rechtsverhouding tussen partijen. De vernietiging werkt naar haar aard jegens eenieder (*erga omnes*).

Dat er in het kader van het vernietigingsberoep de laatste jaren verschillende ingrijpende voorzieningen zijn getroffen waardoor de bestuursrechter ook geschillen meer en meer finaal kan en zelfs moet beslissen, vormt een reden te meer om voor de kern van het bestuursrecht aan dit model met het daarmee verbonden vernietigingsberoep vast te houden.<sup>231</sup>

### 7.3 Een bestuursrechtelijke procedure als aanvulling op de kern van het vernietigingsberoep

Met het appellabele besluit is evenwel maar een beperkt deel van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking vatbaar voor beroep op de bestuursrechter. De vraag is op welke wijze de overige onderdelen aan deze rechter kunnen worden voorgelegd. Daarvoor hoeven we uiteraard niet uitsluitend aan de traditionele bestuursrechtelijke rechtsgang te denken. Naast het vernietigingsberoep zou er ruimte kunnen komen voor een andersoortige bestuursrechtelijke procedure. In de literatuur is een dergelijk tweesporenstelsel verhelderend aangeduid als een ‘duaal stelsel’.<sup>232</sup>

Zoals eerder in hoofdstuk 4 beschreven, maken van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking – naast de besluiten in de zin van artikel 1:3, lid 1, Awb – in elk geval deel uit: feitelijke voorbereidingshandelingen, bestuurlijke rechtsoordelen, toezeggingen, bevoegdhedenovereenkomsten, feitelijke uitvoeringshandelingen, uitvoeringsovereenkomsten, bestuurlijke toezichtshandelingen en de tenuitvoerlegging van bestuursdwang. Dit zijn allemaal handelingen van het bestuur die gerelateerd zijn aan het besluit, maar eigenlijk – volgens de traditionele dogmatiek – niet als besluit behoren te worden aangemerkt. In een rechtsbetrekkingbenadering is dat ook niet nodig.

Wanneer het erom gaat dat de bestuursrechter ook andere handelingen dan besluiten moet kunnen gaan beoordelen, zoals wordt voorgestaan in een benadering waarin de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking centraal staat, is het van belang te beseffen dat het traditionele vernietigingsberoep uit het bestuursrecht daarvoor niet geschikt is. Andere handelingen dan rechtshandelingen kunnen immers niet worden vernietigd. Van belang is aldus dat de bestuursrechter de beschikking krijgt over andere uitspraakbevoegdheden.<sup>233</sup> De rechter dient de aangevochten handelingen onrechtmatig te kunnen verklaren en daaraan gevolgen te kunnen verbinden in de vorm van een verbod of een gebod en hij dient een veroordeling tot het betalen van schadevergoeding te kunnen uitspreken. Voor publiekrechtelijke overeenkomsten

---

231 Zie voor de recente stand van zaken, in het bijzonder naar aanleiding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht: B.J. Schueler, ‘De grote verandering. Finaliteit in een nieuw bestuursprocesrecht’, *JBplus* 2012, p. 101 e.v.

232 VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 71.

233 Zie over de uitspraakbevoegdheden vooral de preadviezen van Van der Veen, par. 7.3 en De Graaf, par. 4.

liggen daarnaast de volgende uitspraakbevoegdheden voor de hand, te weten de vernietiging, ontbinding en wijziging<sup>234</sup> van de overeenkomst. Dat de bestuursrechter aan het bestuur de nakoming van de overeenkomst gelast, ligt niet direct in de rede. Dan zou de bestuursrechter immers het bestuur gelasten om een bepaald besluit te nemen en daarmee op de stoel van het bestuursorgaan gaan zitten. Bij al deze uitspraakbevoegdheden doet de bestuursrechter iets anders dan bij het traditionele vernietigingsberoep: hij stelt de rechtsbetrekking vast.

We zouden dan, gerelateerd aan de uitspraakmogelijkheden, kunnen gaan spreken over enerzijds een vernietigingsberoep voor besluiten (en voor andere rechtshandelingen; een overeenkomst kan immers ook worden vernietigd) en anderzijds over een verbodsprocedure, een gebodsprocedure, een declaratoirprocedure en een schadevergoedingsprocedure. Vaak zal een procedure echter op een combinatie van uitspraken zijn gericht; het is dan ook aantrekkelijker om voor de gezamenlijke procedures een aanduiding te vinden die deze onderscheidt van het hiervoor aangeduide vernietigingsberoep. Een inmiddels in zwang rakende aanduiding is die van de verzoekschriftprocedure, waarmee eigenlijk vooral wordt gerefereerd aan de wijze waarop die procedure aanhangig wordt gemaakt en niet direct aan de uitspraak. De gedachte bij de verzoekschriftprocedure is dat de rechter wordt verzocht of dat van hem wordt gevorderd om, indien hij het oordeel deelt dat de voorliggende handeling onrechtmatig is, ten aanzien daarvan een verbod, een gebod, een declaratoir of een veroordeling tot schadevergoeding uit te spreken.

Als men er aldus voor kiest om de procedure die tot de genoemde uitspraakmogelijkheden leidt aan te duiden als de verzoekschriftprocedure, is het vervolgens consequent om de procedure die leidt tot vernietiging dan vervolgens aan te duiden als de beroepschriftprocedure. Helemaal fraai zijn deze aanduidingen overigens niet, omdat de aanduidingen aanhaken bij de manier waarop de procedure aanhangig wordt gemaakt, terwijl dat op zichzelf niet de daadwerkelijke reden is om de procedures van elkaar te onderscheiden.

Naast het traditionele vernietigingsberoep, aangeduid als de beroepschriftprocedure, krijgt het bestuursrecht aldus een verzoekschriftprocedure waarin voor de rechter een aantal andere uitspraakmodaliteiten beschikbaar zijn dan de vernietiging.<sup>235</sup>

In een verzoekschriftprocedure richt een betrokkene zich met een vordering tot de rechter; dit spoor wordt daarom ook wel het vorderingenmodel genoemd. Op zichzelf zou het ook nog denkbaar zijn om het gehele stelsel van rechtsbescherming in het bestuursrecht in te richten als een vorderingenstelsel. Immers in een stelsel van rechtsbescherming waarin alleen vorderingen centraal staan kan ook via

---

<sup>234</sup> Met de wijziging moet echter voorzichtig omgegaan worden. Het wijzigen van de contractuele verplichting van het bestuur om een discretionaire bevoegdheid op een bepaalde manier uit te oefenen is niet aan de rechter. De rechter dient de beslissingsvrijheid van het bestuur te respecteren en terughoudend te toetsen. Zie R. Kluin, *Overeenkomsten tussen overheden* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1994, p. 103 en 105 en Scheltema & Scheltema 2008, p. 285.

<sup>235</sup> Zie ook Schlössels 2003, p. 54, 55.

een vordering die erop ziet dat de rechter het bestuur gebiedt om een onrechtmatig besluit in te trekken of verbiedt om een onrechtmatig besluit uit te voeren uiteindelijk hetzelfde resultaat worden bereikt als met een vernietiging van dat onrechtmatige besluit. Dat is in deze gevallen echter een stuk omslachtiger voor de burger; niet valt daarom in te zien waarom naast het vorderingenstelsel voor andere handelingen dan besluiten – de verzoekschriftprocedure – voor de besluiten zelf niet gewoon het vernietigingsberoep – de beroepschriftprocedure – zou moeten worden gehandhaafd.<sup>236</sup>

De vraag is of een procedure tegen andere handelingen dan besluiten nog op andere punten dan de uitspraakmogelijkheden een eigen invulling moet krijgen. Onzes inziens is dat inderdaad in een aantal situaties het geval. Uitgangspunt bij de inrichting van het huidige vernietigingsberoep is dat het bestuur in een bestuurlijke voorprocedure wordt benaderd om, in het licht van de door de appellant aangedragen argumentatie, het bestreden besluit nog eens te heroverwegen. Die mogelijkheid is vooral van belang in situaties waarin er voor het bestuur iets te beslissen of te (her)overwegen valt. In situaties waarin de procedure is gericht tegen bijvoorbeeld een feitelijke handeling, is een dergelijke heroverweging niet aan de orde. Het gaat er daar om dat de rechter – vaak zelfs met spoed – rechtstreeks kan worden geadieerd om een oordeel te geven over het desbetreffende optreden en aan dat oordeel zo nodig bepaalde gevolgen kan verbinden. Dat brengt mee dat in het model van een verzoekschriftprocedure het vaak niet nodig en soms zelfs ronduit onwenselijk is, om in enigerlei voorprocedure te voorzien. In de regel zal aldus een verzoekschriftprocedure een rechtstreeks naar de rechter leidende procedure zijn.

Dit hoeft echter niet als een harde eigenschap van een verzoekschriftprocedure te worden gezien. Zo is op terrein van de schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten, waarvoor in de Awb recent een verzoekschriftprocedure is geïntroduceerd, met reden ervoor gekozen dat de gedupeerde, alvorens de rechter te benaderen, aan het bestuur een verzoek stuurt om de schade te vergoeden (art. 8:90, tweede lid, Awb). De gedachte is dat het in dit soort situaties vreemd zou zijn dat de gedupeerde ‘rauwelijks’ de rechter benadert, terwijl het bestuur, wanneer de onrechtmatigheid van een besluit is vastgesteld, mogelijkerwijs gewoon bereid is om de schade die in verband daarmee wordt geclaimd, te vergoeden.

Het is al met al wenselijk dat er naast de beroepschriftprocedure – het vernietigingsberoep – een procedure komt waarin de rechter veelal rechtstreeks kan worden benaderd en zich direct uit kan laten over een vordering. Ook het beroep dóór het bestuur jegens de burger bij de bestuursrechter (zie hoofdstuk 5) leent zich voor een vormgeving via een verzoekschriftprocedure.

---

<sup>236</sup> Verheij 1999b, p. 279.

## 7.4 Verhouding tussen beroepschriftprocedure en verzoekschriftprocedure

Eerder hebben wij – in hoofdstuk 4 – de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking omschreven als het dynamische en voortgaande geheel van met elkaar verband houdende handelingen van het bestuursorgaan én de burger in verband met het (niet) nemen van een besluit. Uitgangspunt is dat een besluit de kern vormt van deze rechtsbetrekking. Al het handelen dat daarmee samenhangt, valt ook onder de reikwijdte van de rechtsbetrekking. Voor zover het besluit appellabel is, kan tegen de overige onderdelen van de rechtsbetrekking door middel van een verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter worden opgekomen. Dit betekent overigens niet dat er pas kan worden geprocedeerd als er in de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking een appellabel besluit genomen is. Zo kan bijvoorbeeld al een verzoekschriftprocedure worden gestart tegen bepaald bestuurlijk feitelijk voorbereidingshandelen (een toezegging), zonder dat er een besluit is. Dit neemt niet weg dat als het in deze verhouding tot een besluit komt, dat de verzoekschriftprocedure en de procedure tegen het besluit gevoegd behandeld behoren te kunnen worden. Verzoekschriftprocedure en de procedure tegen het besluit zijn dus procedures die los van elkaar gevoerd kunnen worden, maar die – als dat zo uitkomt – ook aangehouden kunnen worden en gevoegd behandeld kunnen worden. Hetzelfde geldt bij bijvoorbeeld procedures rondom bevoegdhedenovereenkomsten. Het besluit ter uitvoering van de overeenkomst is als het een appellabel besluit betreft appellabel via het besluitmodel. Daarnaast kunnen er losse vorderingen ingesteld worden, zoals een vordering tot ontbinding van de overeenkomst of tot schadevergoeding wegens het niet nakomen van de overeenkomst. Ook hier geldt dat deze vorderingen kunnen bestaan naast de rechtsingang via het besluit, maar als dat zo uitkomt daarmee samen behandeld kunnen worden. Van belang is een flexibele verhouding tussen het vernietigingsberoep en de verzoekschriftprocedure, zodat de rechter zo goed mogelijk recht kan spreken in een bestuursrechtelijke rechtsverhouding.<sup>237</sup>

Een apart punt van aandacht is of kwesties die niet of niet met zekerheid tot een appellabel besluit leiden aan de bestuursrechter voorgelegd kunnen worden. In dit verband valt bijvoorbeeld te denken aan een bevoegdhedenovereenkomst of een toezegging dat van een bepaalde bestuursrechtelijke bevoegdheid geen gebruik wordt gemaakt. In deze situaties komt er juist geen besluit tot stand. Dit neemt niet weg dat er in deze voorbeeldsituaties toch wel een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is en dat er tegen deze bestuurshandelingen geprocedeerd moet kunnen worden bij de bestuursrechter. Het is dus niet noodzakelijk dat er altijd een appellabel besluit wordt genomen.

De vraag zou kunnen rijzen of met deze uitbreiding niet te veel rechtsbeschermingsmomenten ontstaan, waardoor de bestuursrechter overbelast kan raken. Bedacht dient echter te worden dat hier in wezen slechts sprake is van een verschuiving van de rechtsmacht van de burgerlijke rechter naar de bestuursrechter.

---

<sup>237</sup> Hoe dit precies vormgegeven kan worden, valt buiten de reikwijdte van een toekomstvisie. Zie het preadvies van Van der Veen, par. 7.1 e.v. waarin dieper wordt ingegaan op zelfstandige verzoeken en nevenvorderingen.

Bovendien zijn er binnen het bestuursrecht verschillende voorzieningen te creëren om een overdaad aan procedures te voorkomen. Te denken valt bijvoorbeeld aan een regel die aan de beroepschriftprocedure voorrang toekent boven de verzoekschriftprocedure ingeval beide mogelijk zijn<sup>238</sup> of een voorziening op voet van artikel 6:3 Awb voor andere bestuurshandelingen dan besluiten.<sup>239</sup>

## **7.5 Verhouding tussen de bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure en de procedure bij de burgerlijke rechter**

Het procederen bij de bestuursrechter via het besluitmodel is exclusief in die zin dat daarmee de weg naar de burgerlijke rechter is afgesneden.

Zo overwoog de Hoge Raad in het arrest Van Gog/Nederweert dat het oordeel van de bestuursrechter over appellabele besluiten voor hem bindend en daarmee exclusief is, omdat ‘aldus wordt voorkomen: (i) dat partijen – en met name de burger – opnieuw moeten strijden over een punt waaromtrent reeds is beslist in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang; (ii) dat de burgerlijke rechter in zaken vragen waarover ook de administratieve rechter tot oordelen is geroepen, tot een ander oordeel komt dan deze; en (iii) dat de burgerlijke rechter zich moet begeven in vragen die typisch tot het werkterrein van de administratieve rechter behoren.’<sup>240</sup>

Het uitgangspunt bij de bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure dient hetzelfde te zijn; dubbele competentie is onwenselijk. Rechtzoekenden hoeven als de rechtsmacht exclusief bij de bestuursrechter ligt geen verschillende procedures bij verschillende rechters te doorlopen. Dit betekent een belangrijke vereenvoudiging van de rechterlijke competentieverdeling. Bovendien wordt integrale geschilbeslechting mogelijk, waardoor partijen efficiënter en effectiever kunnen procederen en het voor de rechter mogelijk wordt om het geschil in zijn geheel definitief af te doen. Een ander voordeel is dat er geen risico meer is van met elkaar strijdige jurisprudentie en dat de rechtsontwikkeling in één hand ligt. Herhaald zij dat het gaat om geschillen die zich dan op het werkterrein bevinden van de bestuursrechter en zich vanwege het publiekrechtelijke karakter ook bij hem behoren te bevinden. Het is uit dit oogpunt niet wenselijk dat er ook nog toegang tot de burgerlijke rechter blijft bestaan.

Het is echter de vraag in hoeverre exclusiviteit is te bereiken. Deze vraag doet zich met name voor op het punt van schadevergoeding.<sup>241</sup> Gezien de recente ontwikkelingen op het terrein van het schadevergoedingsrecht kunnen daar haken en ogen aan zitten.

---

238 Vgl. Backes & Jansen 2010, p. 92, 93 onder verwijzing naar § 43 lid 2 Verwaltungsgerichtsordnung.

239 Vgl. het preadvies van De Graaf, par. 4.1.2 en 4.3.2 onder verwijzing naar § 44a Verwaltungsgerichtsordnung.

240 HR 31 mei 1991, AB 1992, 290, r.o. 3.4.

241 Vgl. Huisman 2012a, p. 676.

Daarmee doelen wij op artikel 8:89 Awb.<sup>242</sup> Op basis van dit artikel is er geen exclusieve bevoegdheid van de bestuursrechter om over de volle breedte kennis te nemen van schadevorderingen ter zake van vernietigde besluiten. Een deel van de zaken blijft onder de bevoegdheid van de burgerlijke rechter. In de literatuur is de vrees geuit dat dit het slot op de toekomst van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming betekent: als de wetgever een dergelijke keuze maakt dan zal hij daar niet snel op terugkomen.<sup>243</sup> Daar zit iets in, maar men kan evengoed redeneren dat met deze wetswijziging juist een stap in de goede richting is gezet; hierdoor valt een deel van de geschillen over bestuursrechtelijke schadevergoeding al onder de exclusieve competentie van de bestuursrechter. Deze lijn kan in de toekomst verder worden doorgetrokken.

Een complicatie doet zich voor bij de gemengde overeenkomst, waarin bevoegdhedenbedingen en vermogensrechtelijke bedingen zozeer met elkaar verknoot zijn dat zij niet goed los van elkaar zijn te beschouwen. Voor dergelijke gevallen valt te overwegen een uitzondering te maken op het uitgangspunt van de exclusiviteit van de bevoegdheid van de rechter.

## 7.6 Formele rechtskracht

### 7.6.1 Beroepstermijn en verzoekstermijn

Wat betekent het voor het leerstuk van de formele rechtskracht als de gehele bestuursrechtelijke rechtsbetrekking onder de bestuursrechter komt? De belangrijkste voorgestelde wijziging is dat nu ook *besluitgerelateerde feitelijke* handelingen en *bevoegdheden-* en *uitvoeringsovereenkomsten* onder de bestuursrechter kunnen komen.

Dat brengt ons in de eerste plaats op een terminologisch punt – dat meer is dan louter een semantische kwestie. Alleen *rechtshandelingen* hebben formele en materiële rechtskracht. Feitelijke handelingen hebben geen rechtskracht. Zij zijn er gewoon in de feitelijke wereld, maar hebben geen werking of kracht. Ze zijn daarom ook niet vernietigbaar. Feitelijke bestuurshandelingen kunnen beëindigd of gewijzigd worden. De vraag wordt dus veeleer tot op welk tijdstip tegen feitelijke handelingen beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld. Met andere woorden: op welk moment worden zij *rechtens onaanastbaar*? Diezelfde vraag moet ook gesteld worden voor de bevoegdheden- en de uitvoeringsovereenkomst (die uiteraard wel vernietigbaar zijn).

Het antwoord op de vraag is afhankelijk van de *functie* die rechterlijke onaanastbaarheid vervult. Zoals bekend, heeft de formele rechtskracht twee functies. Zij draagt bij aan de rechtszekerheid van burger en bestuur en zij vervult een functie – een ‘onontbeerlijke’ functie zegt de Hoge Raad<sup>244</sup> – voor de taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter.

---

<sup>242</sup> Stb. 2013, 50.

<sup>243</sup> J.E.M. Polak, ‘Goede polderoplossing. Maar slot op toekomst van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming’, NJB 2007, p. 2022. Zo ook Backes 2009, p. 36-37.

<sup>244</sup> HR 9 september 2006, NJ 2006, 93, m.nt. M.R. Mok; AB 2006, 286, m.nt. F.J. van Ommeren (Kuijpers/Valkenswaard).



Het is nu allereerst van belang om op te merken dat in een stelsel waarin de *gehele rechtsbetrekking* aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd, voor de *taakverdeling* tussen de twee soorten rechters de formele rechtskracht niet meer van belang is. Immers, de bevoegdheid voor de bestuursrechter in de hiervoor geschetste verzoekschriftprocedure is exclusief: hij kan alle onderdelen van de rechtsbetrekking beoordelen. Voor zover exclusiviteit nog niet mogelijk zou zijn – zoals thans nog bij een verzoek tot schadevergoeding van meer dan € 25.000 wegens een onrechtmatig besluit op het terrein van de Afdeling bestuursrechtspraak en het College van Beroep voor het bedrijfsleven – blijft de formele rechtskracht uiteraard wel van belang voor de rechterlijke taakverdeling.

Los van de competentieverdeling tussen de beide rechters, staat de behoefte aan *rechtszekerheid*. De vraag is tot op welk tijdstip de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking niet meer in rechte aantastbaar is. Dit is zo beschouwd een zuiver bestuursrechtelijke vraag. Voor de beantwoording daarvan volgen we uiteraard de twee sporen van het hiervoor geschetste duale stelsel: de procedure van het vernietigingsberoep voor het besluit en de verzoekschriftprocedure voor de overige onderdelen van de rechtsbetrekking.

De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking vormt op zichzelf geen directe reden om wijziging te brengen in de huidige korte bezwaar- en beroepstermijn voor het vernietigingsberoep. Sedert de invoering van de Awb is die uniform vastgesteld op zes weken (art. 6:7). Inmiddels is er wel enige discussie of die termijn wel in alle soorten van gevallen gerechtvaardigd is. Zo is het goed verdedigbaar dat er een korte termijn is in die gevallen dat er derdenbelanghebbenden in het spel zijn. Maar in min of meer zuivere tweepartijenverhoudingen rijst de vraag of de rechtszekerheid ermee gediend is dat er slechts een termijn van zes weken is. Wie een financieel besluit aanvecht dat louter tot hem gericht is, bijvoorbeeld kinderbijslag, heeft zelf geen baat bij deze korte termijn. Het is zeer de vraag of het belang van het bestuur zo zwaar weegt dat een termijn van slechts zes weken daardoor kan worden gerechtvaardigd. Daarom is in de literatuur wel het voorstel gedaan voor zuivere financiële besluiten een (veel) langere beroepstermijn in te voeren.<sup>245</sup>

Ook bij bepaalde soorten van ketenbesluitvorming – wij denken met name aan de verdeling van schaarse vergunningen – kan de vraag worden gesteld of het handhaven van de vaste korte beroepstermijn en de daaraan gekoppelde formele rechtskracht ten aanzien van de afzonderlijke besluiten in de keten wel steeds wenselijk is. Vanuit het perspectief van de rechtszekerheid kan worden betoogd dat het aantrekkelijk is wanneer ten aanzien van een bepaald besluit in de keten vaststaat dat het onherroepelijk is. Anderzijds leidt die formele rechtskracht juist in een besluitvormingsketen ook tot procedeedwang.<sup>246</sup> Wanneer we de gehele bestuursrechtelijke rechtsbetrekking meer centraal willen stellen bij de bestuursrechter, zou het niet passend zijn dat de formele rechtskracht van de verschillende besluitonderdelen in een rechtsbetrekking noodzaakt tot het kunstmatig in stukjes ophakken van die

---

<sup>245</sup> Zie met name N. Verheij, *Relatief onaantastbaar* (oratie Maastricht), 2005, par. 4, zie <[www.maastrichtuniversity.nl/web/Main1/Pers/OratiesEnRedes2012/OratiesEnRedes2005.htm](http://www.maastrichtuniversity.nl/web/Main1/Pers/OratiesEnRedes2012/OratiesEnRedes2005.htm)> en Scheltema 2009, p. 216.

<sup>246</sup> Zie voor deze term C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2006, p. 169.



rechtsbetrekking. De vraag is of het belang van rechtszekerheid zo zwaarwegend moet zijn. Ook voor ketens van besluiten verdient daarom het onverkort vasthouden aan de formele rechtskracht nadere overdenking.

Naast de beroepstermijn waaraan het leerstuk van de formele rechtskracht is verbonden, gaat het ons er hier om te kijken naar de termijn waarop een verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter kan worden aangevangen. Het ligt om verschillende redenen niet voor de hand om die termijn met die van bezwaar en beroep gelijk te stellen. Weliswaar speelt de rechtszekerheid ook hier een rol, maar niet uit het oog moet worden verloren, dat de rechtszekerheid hier nauw verknoopt is met het besluit, waaraan de bestuurshandelingen zijn gerelateerd.

Een zo korte termijn als de beroepstermijn voor het vernietigingsberoep zal leiden tot gerechtelijke procedures ook in situaties waarin dat helemaal niet wenselijk is. Het nadeel van een te korte termijn is dat de rechtzoekende in veel gevallen voor de zekerheid een verzoekschriftprocedure zal gaan beginnen. Wanneer de burger een bestuurlijk rechtsoordeel krijgt, en hij twijfelt aan de juistheid daarvan, dan kan dat oordeel het best worden getoetst in samenhang met het besluit waarop het vooruitloopt. Het is niet wenselijk als de burger al eerder naar de rechter stapt, terwijl hij zich wellicht in het bestuurlijk rechtsoordeel kan vinden, louter omdat als hij die termijn laat verstrijken het bestuurlijk rechtsoordeel in rechte onaantastbaar wordt. Het gaat er immers juist om dat het bestuurlijke rechtsoordeel en het latere besluit in samenhang door de rechter kunnen worden getoetst. Kortom, een te korte termijn leidt tot procedeedwang. Voor uitvoeringshandelingen geldt dit argument minder, maar ook daar valt minder goed in te zien waarom er zo'n korte verzoekstermijn zou moeten zijn.

We moeten dus een veel langere periode kiezen. Voor de verzoekschriftprocedure zou aangesloten kunnen worden bij de verjaringstermijnen van artikel 3:307 e.v. BW. Het aanvangsmoment van die termijn is daarbij afhankelijk van het soort verzoek dat wordt gedaan. Gelet op de veelsoortigheid van de verzoeken die in een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd, vergt dit nadere doordenking. Voor de schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten is thans al in artikel 8:93 Awb artikel 3:310 BW van overeenkomstige toepassing verklaard, hetgeen neerkomt op een termijn van vijf jaar respectievelijk twintig jaar nadat de vernietiging van het onrechtmatige besluit onherroepelijk is geworden dan wel het bestuursorgaan de onrechtmatigheid heeft erkend.

#### 7.6.2 Samenhang tussen de procedures

Aangezien we twee soorten bestuursrechtelijke procedures onderscheiden met eigen termijnen, is het nu nog zaak de samenhang tussen deze twee aan te geven. Immers, wat betekent het als een besluit formele rechtskracht heeft, maar voor de overige bestuurshandelingen van die rechtsbetrekking nog de veel langere verzoekstermijn openstaat? Daarvoor is het nodig nog even stil te staan bij de betekenis van de formele rechtskracht van een besluit. Zoals gezegd, betekent die primair dat het besluit niet meer in rechte is aan te tasten. Tot nu toe werd er in de rechtspraak automatisch van uitgegaan dat dit eveneens betekent dat het besluit niet onrechtmatig

is.<sup>247</sup> De vraag is echter of dat verband noodzakelijk moet blijven worden gelegd. Zou het niet veel aantrekkelijker zijn als de formele rechtskracht slechts met zich zou brengen dat het besluit voor *rechtsgeldig* moet worden gehouden, hetgeen betekent dat de met het besluit beoogde rechtsgevolgen blijven gelden? Door de geldigheid en de rechtmatigheid van elkaar te ontkoppelen, ontstaat er de ruimte voor de rechter om te oordelen dat het besluit weliswaar niet meer is aan te tasten en dus blijft gelden, maar dat bepaalde gevolgen jegens bepaalde gedupeerden onrechtmatig zijn en derhalve aanleiding geven tot het toekennen van schadevergoeding. Aldus kan een geldig besluit jegens één of meer betrokkenen onrechtmatig zijn.<sup>248</sup>

Een soortgelijke redenering is ook voor andere handelingen dan besluiten, de voorbereidingshandelingen en uitvoeringshandelingen, te maken. Denkbaar is dat een bepaald besluit niet meer in rechte is aan te tasten, maar de wijze waarop het is uitgevoerd onrechtmatig is. Het besluit kan dan niet meer worden vernietigd, dat is ook niet (meer) de rechtsvraag. Maar de bestuursrechter kan wel bezien of de uitvoeringshandeling in overeenstemming is met het besluit dan wel of er andere gronden zijn voor een ge- of verbod.

Een voordeel van deze benadering is dat geen afbreuk wordt gedaan aan de rechtszekerheid – het besluit blijft rechtsgeldig – maar dat een belanghebbende die met betrekking tot een voorbereidingshandeling of een uitvoeringshandeling een verzoek wil indienen daartoe bij de bestuursrechter terecht kan. Daarbij maakt het in principe geen verschil of het een eenzijdige handeling is of een overeenkomst die wordt aangevochten. Zo kan ook een verzoek tot nakoming wegens wanprestatie worden ingesteld tegen een uitvoeringsovereenkomst zonder dat beroep is ingesteld tegen het besluit waaraan de overeenkomst uitvoering geeft.

## **7.7 Verbeteringen ten opzichte van de huidige situatie geïllustreerd aan de hand van twee casus**

Hiervoor hebben wij in abstracto aangegeven hoe de bestuursrechtelijke rechtsbescherming een verbeteringsslag kan maken. Hierna laten wij aan de hand van twee concrete voorbeeldsituaties zien hoe de verzoekschriftprocedure een verbetering kan betekenen. Het eerste voorbeeld heeft betrekking op besluitgerelateerd feitelijk bestuurshandelen. Het tweede voorbeeld gaat over de bevoegdheden-overeenkomst.

---

247 HR 16 mei 1986, AB 1986, 573, m.nt. FHvdB, AB Klassiek 2009, 11, m.nt. J.E.M. Polak (Heesch/van de Akker).

248 Dit onderscheid tussen geldigheid en rechtmatigheid is in de literatuur wel vaker bepleit. Zie met name: B.J.P.G. Roozendaal, 'De toekomst van de formele rechtskracht', O&A 2003, p. 149 e.v., VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 87 e.v., Kortmann 2006, p. 139 e.v., M. Scheltema, 'Kunnen wij zonder de formele rechtskracht?', NTB 2007, p. 96-97 en Schueler 2010, p. 134.

*Voorbeeld 1: Inlichtingen waarvan onjuistheid pas aan het licht komt nadat het appellabele besluit onherroepelijk is*

Een voorbeeld van een situatie waarin deze koers een verbetering betekent, is te geven aan de hand van de casus zoals in het arrest Kuijpers/Valkenswaard.<sup>249</sup> Deze casus heeft betrekking op onjuiste inlichtingen die door de gemeente Valkenswaard zijn verstrekt in het kader van een vergunningaanvraag, waarvan de onjuistheid pas aan het licht treedt op het moment dat de vergunning verleend en onherroepelijk is. Meer concreet ging het erom dat van gemeentewege aan Kuijpers was meegedeeld dat hij om in aanmerking te komen voor een vergunning voor de uitbreiding van zijn varkenshouderij een bepaalde hoeveelheid ammoniakrechten moest aankopen. Nadat Kuijpers deze investering had gepleegd en de vergunning was verleend en onherroepelijk was geworden, bleek dat de gemeente eigenlijk ten onrechte van Kuijpers had gevergd om de desbetreffende hoeveelheid ammoniakrechten aan te kopen. In de jurisprudentie was namelijk inmiddels uitgemaakt dat de door de gemeente gebezigde salderingsmethode (de wijze waarop de benodigde hoeveelheid ammoniakrechten werd bepaald) in strijd was met de Interimwet Ammoniak en Veehouderij. De informatie van de gemeente over de voor de uitbreiding benodigde hoeveelheid ammoniakrechten valt volgens de Hoge Raad onder de reikwijdte van de formele rechtskracht van de vergunning; gezien de nauwe samenhang met de vergunning dragen de inlichtingen een onzelfstandig karakter. Een oordeel over de mededeling van de gemeente zou neerkomen op een oordeel over de vergunning. Doordat dit oordeel is voorbehouden aan de bestuursrechter, is het begrijpelijk dat de burgerlijke rechter zich in het huidige systeem van een oordeel onthoudt.

Hoewel begrijpelijk vanuit de huidige competentieverdeling leidt dit toch tot een onwenselijke uitkomst.<sup>250</sup> Uit het arrest volgt dat Kuijpers, om bij de bestuursrechter terecht te kunnen, erop aan had moeten sturen dat er een weigering van de vergunning zou komen waartegen hij bestuursrechtelijk had kunnen procederen. Hier wordt door de Hoge Raad expliciet op gewezen. De Hoge Raad zag geen reden om een uitzondering te maken op het beginsel van de formele rechtskracht omdat de ondernemer had kunnen weigeren te voldoen aan de eisen en vervolgens beroep had kunnen instellen tegen de daarop te verwachten weigering van het aangevraagde besluit.<sup>251</sup> Vanuit de rechtszoekende bezien ligt deze weg echter niet voor de hand. Daarbij komt dat het niet goed uit te leggen is dat een juridisch-technisch probleem als de rechterlijke taakverdeling tot een dergelijke geforceerde route zou dwingen. Kuijpers had de reële mogelijkheid moeten hebben in rechte te laten beoordelen in hoeverre jegens hem onrechtmatig was gehandeld, maar in het huidige systeem is zijn gang naar de rechter blijven steken in kwesties van verdeling van rechtsmacht. Daarnaast is bezwaarlijk aan de uitkomst van dit arrest dat het leert dat Kuijpers de door de gemeente gegeven informatie in de wind had moeten slaan – zonder dat er op dat moment enige twijfel bestond over de juistheid daarvan – om zeker te

---

<sup>249</sup> HR 9 september 2006, NJ 2006, 93, m.nt. M.R. Mok; AB 2006, 286, m.nt. F.J. van Ommeren (Kuijpers/Valkenswaard).

<sup>250</sup> Zie voor een meer uitvoerige uiteenzetting ter zake Scheltema 2007, p. 96-97.

<sup>251</sup> HR 9 september 2006, NJ 2006, 93, m.nt. M.R. Mok; AB 2006, 286, m.nt. F.J. van Ommeren (Kuijpers/Valkenswaard), r.o. 3.9.

stellen dat hij die informatie later in rechte had kunnen aanvechten. Betrouwbaarheid en consistentie zijn de voornaamste pijlers van een rechtsstaat en het uitgangspunt dien dan ook te zijn dat normovereenkomstig gedrag gestimuleerd wordt en normafwijkend gedrag ontmoedigd. De uitkomst van dit arrest zet echter aan tot het tegendeel. Deze onwenselijke situatie is niet opgelost door de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten.<sup>252</sup> Artikel 8:88, eerste lid, onder b bepaalt dat de bestuursrechter bevoegd is een bestuursorgaan op verzoek van een belanghebbende te veroordelen tot vergoeding van schade die de belanghebbende lijdt als gevolg van een onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit. In de memorie van toelichting van deze wet is erop gewezen dat dit artikel uitsluitend van toepassing kan zijn als de onrechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit is komen vast te staan. Komt een benadeelde niet op tegen het schadeveroorzakende besluit, dan kan hij derhalve geen schadevergoeding verzoeken op basis van dit artikel.

Door middel van een verzoekschriftprocedure zou dit type problemen kunnen worden aangepakt. In dit soort situaties, waarin de inlichtingen gerelateerd zijn aan een appellabel besluit, zou een rechtszoekende een verzoekschrift moeten kunnen indienen bij de bestuursrechter waarin hij aan deze rechter verzoekt zich uit te laten over de onrechtmatigheid van de inlichtingen. Dit verzoek kan worden gedaan los van het besluit; hiervoor geldt immers een ruime verjaringstermijn. Ook het probleem van de formele rechtskracht speelt niet meer. De rechtszoekende krijgt hierdoor een reële mogelijkheid om in rechte te laten beoordelen in hoeverre onrechtmatig tegenover hem is gehandeld.

#### *Voorbeeld 2: Problemen rondom de competentieverdeling bij bevoegdhedenovereenkomsten*

De geschillen rondom bevoegdhedenovereenkomsten waarbij de overheid afspreekt om een appellabel besluit op een bepaalde manier te zullen gaan nemen, zijn op dit moment versnipperd over de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. Dit leidt tot de onwenselijke situatie dat niet het hele geschil aan één rechter voorgelegd kan worden en zo efficiënt en effectief mogelijk afgedaan kan worden. In dit verband valt bijvoorbeeld te wijzen op de situatie dat de overheid de gemaakte afspraak om een bestemmingsplan te wijzigen niet nakomt. In de huidige situatie dient de wederpartij van de overheid bestuursrechtelijk te procederen om nakoming in de vorm van het toegezegde besluit te krijgen. Als de bestuursrechter het besluit dat niet voldoet aan de afspraken uit de overeenkomst niet vernietigt – hetgeen mogelijk is omdat de overeenkomst via de band van het vertrouwensbeginsel slechts één van de aspecten is die bepalend zijn voor de rechtmatigheid van het voorliggende besluit – dient de wederpartij van de overheid ter verkrijging van schadevergoeding wegens de alsdan aanwezige wanprestatie nog afzonderlijk een procedure bij de burgerlijke rechter te starten.<sup>253</sup> Bij de bestuursrechter kan hij immers enkel schadevergoeding verzoeken wegens een onrechtmatig besluit. Deze noodzakelijke stapeling van procedures is omslachtig. Dit kan ondervangen worden door de hele rechtsbetrekking aan de bestuursrechter voor te leggen en het besluitmodel uit te breiden met ruimere

<sup>252</sup> Aldus ook uitdrukkelijk de memorie van toelichting: *Kamerstukken II 2010/11*, 32 621, nr. 3, p. 45.

<sup>253</sup> Zie HR 8 juli 2011, AB 2011, 298, m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen (Etam/Zoetermeer).

mogelijkheden voor verzoekschriftprocedures. Het appellabele uitvoeringsbesluit kan, zoals dat nu ook het geval is, worden voorgelegd via het vernietigingsberoep en daarnaast kunnen losse vorderingen worden ingediend, bijvoorbeeld een vordering tot schadevergoeding op grond van wanprestatie.

## **7.8 Slot**

De benadering waarin de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking bij de bestuursrechter centraal staat heeft consequenties voor het systeem van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Het besluitmodel blijft de kern daarvan vormen, maar daarnaast is het wenselijk dat er meer ruimte komt voor bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedures. Het aantrekkelijke van deze benadering is dat er voortgebouwd kan worden op wat er al is; er is geen uitgebreide stelselherziening nodig, maar het is toch mogelijk om stappen voorwaarts te zetten. Daarmee kan het bestuursrecht groeien en kunnen onwenselijkheden zoals lacunes in de bestuursrechtelijke rechtsbescherming en het verknippen van geschillen over de burgerlijke rechter en de bestuursrechter uit het huidige systeem worden tegengegaan. Het bestuursrecht wordt daarmee niet alleen flexibeler maar vooral ook efficiënter en effectiever.

## 8. Slotbeschouwing

### 8.1 Groeimodel

In dit preadvies hebben wij een groeimodel geschetst, waarvan de figuur van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking de centrale spil vormt. Deze figuur is reeds rudimentair in ons bestuursrecht aanwezig en de nadere uitwerking daarvan vormt dan ook een natuurlijke vervolgstap.

De rechtsbetrekkingbenadering biedt de ruimte voor vernieuwingen in het bestuursrecht zonder de goede karakteristieken van de huidige benadering – het besluitmodel – overboord te gooien. Het besluit is en blijft het (potentiële) hart van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Wij verwachten dat de versterking van de figuur van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking zal leiden tot een uitbreiding van de competentie van de bestuursrechter. Deze uitbreiding kan stapsgewijs plaatsvinden. Een belangrijke te zetten stap is de uitbreiding van deze competentie voor de *besluitgerelateerde feitelijke handelingen*.

Wij hebben evenwel opgemerkt een zo beperkte uitbreiding een gemiste kans te vinden: wanneer de voorbereiding en de uitvoering van een appellabel besluit meerzijdige elementen kent die nauw verbonden zijn met dat besluit dan schiet het bestuursrecht tekort als deze niet door dezelfde rechter kunnen worden beoordeeld. Daarom is het naar onze mening wenselijk dat de uitbreiding van de competentie van de bestuursrechter ook betrekking heeft op de *bevoegdhedenovereenkomsten* en de *uitvoeringsovereenkomsten*.<sup>254</sup>

Een relatief ingrijpende voorziening die moet worden getroffen om ook deze publiekrechtelijke overeenkomsten onder de bevoegdheid van de bestuursrechter te kunnen brengen, is dat ook het bestuursorgaan bij de bestuursrechter tegen de gedragingen van de wederpartij moet kunnen opkomen. De rechtsbetrekkingbenadering biedt daarvoor de ruimte.<sup>255</sup>

Het is niet moeilijk om verdergaande verwachtingen uit te spreken. De rechtsbetrekkingbenadering opent immers de weg om ook andere handelingen onder de bestuursrechter te brengen. In het bijzonder valt daarbij te denken aan de *zelfstandige feitelijke bestuurshandelingen* en het *privaatrechtelijke overheidshandelen*. Dit vergt evenwel een (veel) ruimere uitleg van het begrippenpaar ‘bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ dan wij hiervoor hebben gedaan. In de meest vergaande uitleg kan het begrippenpaar ‘bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’ beter worden aangeduid als de *bestuurlijke rechtsbetrekking*. Beslissend criterium is dan niet meer de aard van de bestuurshandeling maar de aard van de handelaar (het openbaar bestuur).

---

<sup>254</sup> Zie hoofdstuk 4.

<sup>255</sup> Zie hoofdstuk 5.

Wij hebben deze stap uitdrukkelijk niet gezet en in het voorafgaande een aantal bezwaren tegen deze verdergaande benadering aangevoerd.<sup>256</sup> Daar komt nog iets bij. Een te vergaand voorstel werkt belemmerend voor de kans van slagen van het geheel. De kans is te groot dat vanwege te vergaande consequenties het hele voorstel het niet haalt. Dat zou zonde zijn. Daarom is het beter met betrekkelijk kleine stappen te beginnen. Wij hebben daarom een uitwerking van het begrippenpaar 'bestuursrechtelijke rechtsbetrekking' voorgesteld, die relatief dicht bij de huidige bestuursrechtspraak blijft.

Als minder vergaande – en meer specifieke – tussenstap valt overigens te overwegen een beperkt deel van de vele zelfstandig feitelijke bestuurshandelingen wel al binnen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking te brengen, mits deze op een specifieke wettelijke grondslag zijn gebaseerd. In het bijzonder hebben wij daarvoor gewezen op de onmiddellijke handhaving van de openbare orde.<sup>257</sup>

De belangrijkste winst van de verdere introductie van de rechtsbetrekking in het bestuursrecht is dat het wegen opent voor verdere ontwikkeling van ons rechtsgebied. Want dat is meteen het grootste bezwaar van de beperking tot het besluitmodel: het zet het bestuursrecht te veel op slot. Het belemmert te zeer de verdere ontwikkeling van ons bestuursrecht. Het belang van de verdere invoering van de figuur van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking strekt verder dan de rechtsbescherming (in eigenlijke of beperkte zin). Ook de verhouding tussen bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke normering komt in een ander perspectief te staan. De aandacht voor de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking als geheel werpt een nader licht op de behoefte aan bestuursrechtelijke materiële regels, zoals voor het bestuurlijk rechtsoordeel en de bevoegdhedenovereenkomst.<sup>258</sup> Bestuursrecht omvat immers veel meer dan rechtsbescherming, hoe belangrijk die ook is: uiteindelijk gaat het om het waarborgen en verbeteren van de kwaliteit van de handelingen van het openbaar bestuur.

Achteraf gezien, blijken de beperkingen van het besluitmodel ook wel al enigszins uit de vierde tranche Awb. De regeling van de bestuurlijke geldschulden brengt een aantal verbeteringen aan, maar het ver doorgevoerde besluitdenken zorgde voor een aantal problemen dat slechts met kunst- en vliegwerk kon worden opgelost. De concentratiebepalingen bijvoorbeeld zijn terechte noodgrepen, maar daarmee nog steeds noodgrepen. Een relatieve kleinigheid is nog dat zij formele voorschriften zijn die vanuit de systematiek van de Awb op een minder gelukkige plaats staan (in hoofdstuk 4 in plaats van 6). Bezwaarlijker is de sterke fragmentatie en het feit dat in de praktijk toch tegen de grenzen van het besluitmodel wordt aangelopen.<sup>259</sup> Deze aanpak verdient dan ook niet de schoonheidsprijs. Het is niet aantrekkelijk in de toekomst het besluitmodel zo ver te blijven doortrekken. We zouden met een gerust hart moeten kunnen kiezen voor de benadering van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.

---

<sup>256</sup> Zie hoofdstuk 4 en 6.

<sup>257</sup> Zie hoofdstuk 4.

<sup>258</sup> Zie hoofdstuk 6.

<sup>259</sup> Zie hoofdstuk 3.



## **8.2 Besluit en rechtsbetrekking: de blijvende betekenis van de dogmatiek**

Het blijft ook in de rechtsbetrekkingbenadering van belang het besluit en de overige onderdelen van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking goed van elkaar te onderscheiden. Dit onderscheid is zowel relevant voor het toepasselijke recht als voor de toegang tot de rechter. Wat het toepasselijke recht betreft dient hierbij in het bijzonder gedacht te worden aan de hoofdstukken 3 en 4 Awb die uitsluitend op (bepaalde) besluiten van toepassing zijn. De relativering die hierbij kan worden gemaakt is dat de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 Awb van overeenkomstige toepassing zijn op feitelijke handelingen en de genoemde overeenkomsten. Voor de toegang tot de rechter is het onderscheid, zoals gezegd, van belang voor de keuze tussen de beroepschriftprocedure – het vernietigingsberoep – en de verzoekschriftprocedure met inbegrip van de daarbij behorende bezwaar- en beroepstermijnen respectievelijk de verzoektermijnen.

Nu zou men wellicht kunnen denken dat met de blijvende relevantie van dit onderscheid – als het ware via een achterdeur – dé (dan wel bepaalde) problemen met het besluitbegrip weer worden binnengehaald. Dat zou echter een misverstand zijn. Zoals eerder aangegeven, liggen de echte problemen met het besluitbegrip niet in de kern van het bestuursrecht maar in de periferie, in het omringende deel. In de nieuwe benadering kan de bestuursrechter voor de afbakening van het besluitbegrip gewoon bij de klassieke dogmatiek blijven. De behoefte aan het oprekken van het besluitbegrip teneinde bestuursrechtelijke rechtsbescherming te kunnen bieden, is immers verdwenen. Neem de rechtshandelingenleer. Het bestuurlijk rechtsoordeel is geen besluit en hoeft ook niet (meer) in bepaalde, moeilijk van tevoren aan te geven gevallen, als zodanig te worden aangeduid. Het legaliteitsbeginsel is gewoon (weer) maatgevend voor de bevoegdheidseisen die aan bepaalde bestuurshandelingen worden gesteld; het behoudt zijn traditionele functie. In deze hier voorgestelde benadering kan ook voor de begrenzing tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtshandelingen worden teruggegrepen op de klassieke uitgangspunten. De behoefte aan het oprekken of het creëren van speciale constructies is ook hier verdwenen. Dat er ook in de kern van het bestuursrecht een enkel twijfelgeval blijft bestaan, te denken valt aan de publieke-taakrechtspraak, doet daar niet aan af en is iets waarmee, mede gezien de betrekkelijk geringe omvang, goed valt te leven.

## **8.3 Verschuiving van de grens tussen de kern en het omringende bestuursrecht**

Wanneer de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, zoals hier beschreven, wordt ingevoerd, zal de grens tussen de kern en het omringende deel van het bestuursrecht verschuiven. Het privaatrechtelijk overheidshandelen en bepaalde delen van het feitelijke overheidshandelen blijven in het omringende deel. De kern wordt groter: al het eenzijdig overheidsoptreden behoort erbij, met inbegrip van de overeenkomsten die erover worden gesloten.



Zien wij het goed, dan is het beeld van de kern met een periferie in het bestuursrecht voor het eerst gebruikt door Van Male.<sup>260</sup> Het is interessant even te kijken naar de inhoud die hij aan beide gebieden toekent. De wezenlijke karakteristiek van de kern van het bestuursrecht is voor hem de eenzijdige rechtsvorming, terwijl het perifere bestuursrecht uit het privaatrechtelijk overheidshandelen bestaat. De publiekrechtelijke overeenkomst kan hij aldus echter maar moeilijk een plaats geven. Wij verwachten dat na de verdere invoering van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in het bestuursrecht er zeer dicht bij het door hem geschetste model wordt aangesloten. Dat zou goed zijn. Immers daardoor komt ook het eenzijdige feitelijke overheidshandelen in de kern van het bestuursrecht te liggen, zeker wanneer ook de genoemde vervolgstap zou worden gezet en het zelfstandige feitelijk handelen, voor zover dat van een wettelijke grondslag is voorzien, daartoe eveneens kan worden gerekend. Al het eenzijdige overheidsoptreden zit dan waar het thuishoort: in de kern van het bestuursrecht. Dat ook de bevoegdhedenovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst tot de kern zijn gaan behoren, is niet vreemd vanwege het nauwe verband met de uitoefening van de eenzijdige bestuursbevoegdheid, het besluit. Dat de kern twee soorten bestuursrechtelijke rechtsbescherming kent – de beroep-schriftprocedure en de verzoekschriftprocedure – doet daaraan niet af, integendeel, dat is juist de verrijking die de belemmeringen uit het verleden wegneemt.

## 8.4 Wederkerigheid

### 8.4.1 *Het rechtskarakter van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking*

Zijn rechtsbetrekkingen in het bestuursrecht wederkerig? In de parlementaire geschiedenis van de eerste tranche van de Awb is dit van regeringszijde gesteld. Dé aanleiding om hierbij nog wat dieper stil te staan, is uiteraard de hiervoor bepleite keuze om de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in het bestuursrecht steeds meer centraal te stellen.

Volgens de memorie van toelichting heeft de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking weliswaar betrekking op naar hun aard heel verschillende partijen, maar dat neemt niet weg dat beide partijen in een wederkerige relatie staan. Dit betekent volgens de regering in het bijzonder dat het bestuur wanneer hij beslissingen neemt met de zienswijze van de burger rekening moet houden en óók – en daar gaat het natuurlijk om – dat de burger voor zover hij wenst dat met zijn inzichten of belangen rekening wordt gehouden, deze op de daartoe geschikte wijze naar voren moet brengen en dat hij daaraan ook door het bestuur kan worden gehouden.<sup>261</sup> Dit uitdrukkelijk gekozen uitgangspunt heeft zeer veel pennen in beweging gebracht, aangezien het een heel ander beeld schetst dan dat van de klassieke boven de burger gestelde overheid.<sup>262</sup> Tegelijkertijd heeft het naar onze indruk tot op heden relatief weinig

---

<sup>260</sup> Van Male 1990, p. 51 e.v.

<sup>261</sup> PG Awb I, p. 39, 40.

<sup>262</sup> Zie met name: E.M.H. Hirsch Ballin, 'Wederkerig bestuursrecht', RM Themis 1989, p. 1 e.v.; L.J.A. Damen, 'Bestaat de Awbmens?', in: J.L. Boxum e.a. (red.), *Aantrekkelijke gedachten*, Deventer:

praktische betekenis gehad. De regering zegt wel dat de wederkerige rechtsbetrekking een 'leidraad' heeft gevormd bij de opstelling van haar ontwerp, maar daarvan valt toch nog maar relatief weinig te ontdekken.<sup>263</sup>

Dit hoeft ook niet te verwonderen. Veel van het Awb-recht, en dat geldt zeker voor de eerste drie tranches, heeft betrekking op wat hiervoor de kern van het bestuursrecht is genoemd. Daar zit betrekkelijk weinig wederkerigheid in. Maar in het omringende bestuursrecht ligt dat anders. Dáár treffen we immers de overeenkomst aan; daar bevindt zich ook veel van het vermogensrecht. De Awb-titel voor bestuurlijke geldschulden werkt uitdrukkelijk twee kanten op: deze regeling heeft in hoofdzaak<sup>264</sup> niet alleen betrekking op de schulden van de burger aan het bestuur, maar ook op de schulden van het bestuur aan de burger. Door een verschuiving van de aandacht naar het omringende bestuursrecht komt de vraag naar het wederkerige karakter meer in de schijnwerpers te staan.

Wij gebruiken de term 'wederkerig' hier, net als in de parlementaire geschiedenis tamelijk losjes: we hadden ook over twee- of meerzijdigheid kunnen spreken.<sup>265</sup> Het gaat er bij wederkerigheid vooral om dat de rechtsbetrekking niet uitsluitend bestaat uit eenzijdige gezagsuitoefening door het bestuur, maar dat in het kader van die gezagsuitoefening – als het ware om die gezagsuitoefening heen; en uitgedrukt in de tijd: *ervoor* of *erna* – ook andere handelingen plaatsvinden, zowel door het bestuur als vooral ook door de burger.

#### 8.4.2 Gehele rechtsbetrekking: machtsverhouding en communicatie

Zoals bekend, is het concept van de wederkerige rechtsbetrekking in de literatuur fel bestreden. Naar onze indruk wordt hier echter vanuit eenmaal betrokken stellingen zeer langs elkaar heen gepraat. Dat is jammer, want het een sluit het ander niet uit. Geen weldenkend mens ontkent – ook de aanhangers van de wederkerige rechtsbetrekking niet – dat veel bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen een verticaal karakter hebben. De kern van het bestuursrecht, we hebben het hier al vaker gezegd, bestaat uit eenzijdige gezagsuitoefening door bestuursorganen. Maar het is ontegenzeggelijk óók waar dat de rechtsbetrekking tussen overheid en burger tevens een *wederkerig* karakter heeft.<sup>266</sup> Dat het besluit zelf niet afhankelijk is van de instemming van de burger doet er niet aan af dat de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger wederkerig is. Door te doen alsof die twee realiteiten elkaar uitsluiten, wordt een schijntegenstelling gecreëerd. Want dat wederkerige karakter in

---

Kluwer 1993, p. 109 e.v.; Van Male 1993, p. 17 e.v.; E.C.H.J. van der Linden & A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig?*, Deventer: Kluwer 1995; M. Scheltema, 'Leve de Awb-mens!', in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille & H.B. Winter (red.), *Op tegenspraak*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 99 e.v.; Scheltema 2009, p. 207 e.v.; Backes & Jansen 2010, p. 75 e.v.

263 M.T.A.B. Laemers, L.E. de Groot-van Leeuwen & R. Fredriks, *Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger* (Derde evaluatie Awb), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 77.

264 Dit geldt niet voor de vierde en vijfde afdeling (dwanginvordering en rechtsbescherming).

265 De meer genuanceerde benadering die de civiele rechtsleer kent, zoals meerzijdige rechtshandelingen die een niet-wederkerige rechtsverhouding kunnen scheppen, heeft het bestuursrecht (nog) niet. Maar wat niet is, kan nog komen...

266 Vgl. Hirsch Ballin 1989, p. 1 e.v.; Scheltema 2006, p. 99 e.v.; Scheltema 2009, p. 207 e.v.

deze zin, ziet op iets anders en bevindt zich op een ander abstractieniveau<sup>267</sup> en heeft primair betrekking op de normering van de rechtsbetrekking als geheel. Het heeft betrekking op de manier waarop het bestuur en de burger rekening houden met elkaars belangen.

In de literatuur wordt bij de term wederkerig vaak naar *feitelijke* (machts)verhoudingen gekeken.<sup>268</sup> Op het eerste gezicht is de verhouding tussen openbaar bestuur en asielzoeker of bijstandsmoeder meer verticaal dan, pak hem beet, de verhouding met een multinational of een projectontwikkelaar. Maar juridisch, althans traditioneel bestuursrechtelijk, kunnen we niet zoveel met dit soort feitelijke constatering, zeker niet wanneer we ons uitsluitend zouden richten op de formele stap van de bevoegdheidsuitoefening. Zij is eenzijdig. Wie een omgevingsvergunning nodig heeft, bevindt zich wat de uiteindelijke beslissing tot *verlening* van die vergunning betreft in een verticale gezagsverhouding tot het bestuursorgaan. De sociaaleconomische en maatschappelijke positie van de aanvrager is daarbij niet relevant. Met andere woorden: het doet er niet zoveel toe of de aanvrager een projectontwikkelaar of een willekeurige particulier is.<sup>269</sup>

Het beeld wordt anders wanneer we de *gehele* rechtsbetrekking in het vizier nemen. Dan worden de handelingen om de vergunningverlening heen van veel meer betekenis. Wanneer de gehele rechtsbetrekking het object van toetsing is, zal de rechter niet alleen de gedragingen en handelingen van het bestuur moeten beoordelen, maar ook die van de burger. Dan wordt veel meer relevant op welke wijze er vooroverleg heeft plaatsgevonden, wat de aanvrager tegen het bestuur heeft gezegd en of het bestuur daaraan voldoende had en ook omgekeerd of de aanvrager op de uitlatingen van het bestuur mocht bouwen; dan wordt ook meer relevant of er over en weer afspraken zijn gemaakt.

Van minstens zo groot belang is dat in relaties, ook in rechtsrelaties, veel draait om adequate en tijdige informatie-uitwisseling. Zonder informatie-uitwisseling is het immers niet goed mogelijk om met elkaar rekening te houden. In onze samenleving wordt allereerst, niet alleen van de overheid, ook steeds meer uitleg en voorlichting verwacht. Terecht schreef de regering in de memorie van toelichting van de eerste tranche van de Awb dat voor een wederkerige rechtsbetrekking 'sprake is van een betere communicatie dan vroeger nodig werd geoordeeld'.<sup>270</sup> Zij presenteert dit als een feitelijke constatering. Het recht zelf is echter een normatieve aangelegenheid. Dat betekent dat de *beoordeling* van communicatie steeds belangrijker zal worden. Het versterken van de rechtsbetrekking in het bestuursrecht zal onvermijdelijk om meer aandacht voor communicatie vragen. Communicatieve handelingen zijn veelal feitelijk van aard, ook wanneer zij onderdeel uitmaken van een bestuursrechtelijke

---

267 Vgl. Pront-van Bommel 2002, p. 78 die terecht een onderscheid maakt tussen de rechtsbetrekking van Vegting enerzijds en die van de Awb-wetgever c.s. anderzijds.

268 Zie uit velen: Damen 1993, p. 109 e.v.

269 Wat niet wegneemt dat empirisch onderzoek naar de feitelijke verhoudingen zeer van belang is om inzicht te verkrijgen in de werking van het bestuursrecht in het algemeen en de Awb in het bijzonder, zie m.n.: Laemers, De Groot-van Leeuwen & Fredriks 2007 en L.E. de Groot-van Leeuwen & M.T.A.B. Laemers, 'De Awb en "de burger"', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 131 e.v.

270 PG Awb I, p. 39

rechtsbetrekking. Het zijn feitelijke informatiehandelingen die verbonden zijn met een besluit. De verwachting is dat de bestuursrechter in een rechtsbetrekkingbenadering beter tot de beoordeling van de relevante informatie-uitwisseling in staat zal zijn, omdat hij nu de gehele rechtsrelatie kan beoordelen. Dit zal kunnen bijdragen aan de waarborgen van de burger en het bestuur.

Het laatste waar we onzes inziens naartoe moeten is dat alle gedane communicatieve uitlatingen separate rechtsbeschermingsmomenten (Awb-besluiten) worden. Dat zou tot een juridisering leiden die zijn weerga niet kent. Bovendien zouden in het huidige systeem slechts de door het bestuursorgaan gedane uitlatingen onder de bestuursrechter kunnen komen. Ook dat lijkt tamelijk onwenselijk: uitlatingen worden vaak gedaan in reactie op wat anderen zeggen of schrijven. Het kenmerkende van communicatie is nu juist dat het een wederkerig proces is.<sup>271</sup> Wanneer feitelijke communicatieve handelingen onder de bestuursrechter komen is het onzes inziens daarom wenselijk dat aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerste dienen ze in samenhang met de overige bestuurshandelingen en vooral Awb-besluiten aan de orde te komen. Dat kan door de hele rechtsbetrekking onder de rechter te brengen. Ten tweede dienen de uitlatingen van alle partijen, dus ook die van de burger, door de bestuursrechter te kunnen worden beoordeeld.

In de literatuur is voorts regelmatig de vraag opgeworpen of en in hoeverre de wederkerige rechtsbetrekking ook tot *ongeschreven* verplichtingen van de burger kan leiden.<sup>272</sup> Die vraag is spannend gezien vanuit het legaliteitsbeginsel, dat immers in elk geval voor het eenzijdig opleggen van zelfstandige verplichtingen een specifieke wettelijke grondslag vereist.<sup>273</sup> Wij hebben echter niet de indruk dat de memorie van toelichting (van de eerste tranche) van de Awb daaraan wil tornen.<sup>274</sup> Bij de uitwerking van de figuur van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in de door ons voorgestelde zin kan, zoals gezegd, het legaliteitsbeginsel zijn traditionele functie blijven vervullen. De versterking van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in het bestuursrecht behoeft in elk geval gezinszins allerlei ongeschreven burgerplichten met zich te brengen.

## 8.5 Toekomstscenario's en de wetgever

Ten tijde van de totstandkoming van de Awb achtte de wetgever de tijd nog niet rijp voor een rechtsbetrekkingbenadering. Wel verdient het hier vermelding dat de Awb-wetgever deze mogelijkheid destijds reeds uitdrukkelijk onder ogen heeft gezien:

---

271 Vgl. D. Pessers, 'Wederkerigheid: het rechtsbeginsel van de informatiesamenleving?', NJB 1996, p. 836 e.v.

272 Zie voor een overzicht: S.E. Zijlstra, 'Burgerplichten en burgerlasten in het bestuursrecht', NTB 2009, p. 1 e.v. (hierna: Zijlstra 2009b) en ook Backes & Jansen 2010, p. 77.

273 Van Ommeren 1996, p. 105.

274 Evenzo: Zijlstra 2009b, p. 7, die burgerlasten – terecht – een 'onvermijdelijk sequeel' noemt 'van de wederzijdse rechten en verplichtingen van bestuur en burger die wél van een adequate wettelijke grondslag zijn voorzien' (a.w., p. 9).

‘Staat tot nu nog de rechtmatigheidstoetsing ex tunc van een besluit centraal, denkbaar is dat zoals dat ook in het burgerlijk procesrecht het geval is, de rechtsbetrekking ex nunc de inzet van de procedure wordt, waarbij ook aan het betrokken bestuursorgaan een actie toekomt.’<sup>275</sup>

Het is tamelijk uitzonderlijk dat de wetgever zich waagt aan toekomstbespiegelingen waarvan hij het te vroeg acht er operationele gevolgen aan te verbinden. Dat hij dat hier toch heeft gedaan, zegt iets over het grote gewicht dat door de wetgever aan een voortgaande rechtsontwikkeling wordt toegekend en waarin het besluitmodel blijkbaar niet het eindpunt is.

In de memorie van toelichting bij de tweede tranche van de Awb worden drie mogelijke scenario's geschetst.<sup>276</sup> De minst verregaande is de variant waarin de bestuursrechter bevoegd wordt voor al het publiekrechtelijke handelen van bestuursorganen. Dat is het scenario waarvoor in dit preadvies is gepleit – zij het dat wij het zelfstandig feitelijke bestuurshandelen er vooralsnog in hoofdzaak buiten willen laten – en dat onzes inziens het best aansluit bij de historische ontwikkeling van het bestuursrecht. Daarbij is een open oog gehouden voor eventueel verdergaande stappen. Het verdergaande scenario is dan ook in dit preadvies eveneens genoemd: de bestuursrechter wordt bevoegd voor alle geschillen over rechtsbetrekkingen waarin een van de partijen bestuursorgaan is, ‘dus ook als het bestuursorgaan gebruik heeft gemaakt van een aan het burgerlijk recht ontleende bevoegdheid’. We hebben gezien dat in dat scenario bovendien ook veel zelfstandig feitelijk bestuurshandelen onder de bestuursrechter komt. Het meest vergaande scenario is het processueel integreren van bestuursrechtspraak en civiele rechtspraak, eventueel met bijzondere voorzieningen voor procedures waarin een bestuursorgaan partij is. In dat scenario zijn volgens de regering een afzonderlijk bestuursprocesrecht en een afzonderlijk burgerlijk procesrecht overbodig.

In het vorige hoofdstuk bleek dat er, in het bijzonder vanwege de bijzondere positie van het bestuursorgaan om de rechtspositie van de burger eenzijdig vast te stellen, ook in de toekomst veel te zeggen is voor een separate bestuursrechtelijke procedure. Het volledig laten verdwijnen van het onderscheid tussen bestuursprocesrecht en burgerlijk procesrecht past daarbij minder goed. Wel is het onzes inziens aangegeven te overwegen om de grens tussen die twee soorten procedures op een andere plek te trekken. Bij het vernietigingsberoep hoort een eigen procesrecht. Het verdient evenwel onderzoek in hoeverre het verschil tussen de bestuursrechtelijk een civielrechtelijke verzoekschriftprocedures nog wenselijk is. Dit klemmt te meer als de huidige kabinetsvoornemens, om in het civiele proces het onderscheid tussen de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure te laten vervallen, daadwerkelijk worden gerealiseerd.<sup>277</sup> Dan rijst de vraag in hoeverre het nog voor de land ligt de bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure daarvan te laten afwijken. Wij zouden ons kunnen voorstellen dat er in de toekomst één – langs elektronische weg in

---

<sup>275</sup> PG Awb II, p. 174.

<sup>276</sup> PG Awb II, p. 174.

<sup>277</sup> Regeerakkoord VVD-PvdA, *Bruggen slaan*, 29 oktober 2012, p. 27; raadpleegbaar via <[www.kabinetsformatie2012.nl/actueel/documenten/regeerakkoord.html](http://www.kabinetsformatie2012.nl/actueel/documenten/regeerakkoord.html)>.

te stellen – verzoekschriftprocedure komt. Daarbinnen zou het verzoek tot vernietiging van een Awb-besluit (het traditionele vernietigingsberoep) een afzonderlijke variant met eigen karakteristieke vormen.

# Stellingen

1. Voor de toegang tot de bestuursrechter heeft de traditionele dogmatiek zijn functie verloren: het legaliteitsbeginsel en de rechtshandelingenleer leveren onvoldoende verklaring op – laat staan voldoende rechtvaardiging – om de toegang tot de bestuursrechter te beperken tot Awb-besluiten (par. 2.4).
2. Het concept van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is voldoende scherp te definiëren om bepalend te zijn voor de toegang tot de bestuursrechter (par. 4.3).
3. De bevoegdheid van de bestuursrechter dient te worden uitgebreid met voorbereidings- en uitvoeringshandelingen die gerelateerd zijn aan een appellabel besluit (par. 4.3 en 8.1).
4. Vanwege de samenhang met een appellabel besluit dient de bestuursrechter kennis te kunnen nemen van geschillen over publiekrechtelijke overeenkomsten (par. 4.3 en 8.1).
5. De bevoegdheid van de bestuursrechter dient exclusief te zijn. Het is wenselijk hierop een uitzondering te maken voor de kennisneming van geschillen over gemengde overeenkomsten (par. 7.5).
6. Het gaat te ver de bestuursrechter de bevoegdheid toe te kennen om kennis te nemen van al het zelfstandige feitelijke bestuurshandelen (par. 4.7 en 8.1).
7. De *bestuurlijke* rechtsbetrekking is geen wenkend perspectief voor de verdeling van de rechtsmacht tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter (par. 4.6 en 6.6).
8. Er dient een algemene regeling voor bevoegdhedenovereenkomsten in de Awb te komen (par. 6.7).
9. In de Awb dient een voorschrift te worden opgenomen dat een bestuursorgaan verplicht op verzoek van een belanghebbende een oordeel te geven over diens rechtspositie ten opzichte van dat bestuursorgaan (par. 6.7).
10. Het wederkerige karakter van een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking staat er niet aan in de weg dat zij een besluit bevat dat het resultaat is van eenzijdige bevoegdheidsuitoefening (par. 8.4).